Der Prozess

der offenen Handelsgesellschaft

Gustav Bachmann

Der Prozess

der

offenen Handelsgesellschaft.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

Gustav Bachmann,

Referendar in Neustrelitz.

AGRAR. BIBL.

Neustrelitz 1905.

Druck der Barnewitzschen Buchdruckerei.

(Inhaber: Emil Frehse).

Referent: Herr Professor Dr. Wachenfeld
in Rostock.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0038

Inhaltsübersicht.

		Seite
§ 1.	Einleitung	1
§ 2.	Die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft	4
§ 3.	Parteifähigkeit	17
§ 4.	Prozessfähigkeit	24
	I. Die offene Handelsgesellschaft ist nicht prozessfähig	24
	II. Vertretung vor Gericht . . .	26
	III. Prozessführung der nicht firmierenden Gesellschafter . . .	32
	IV. Abgabe von Erklärungen seitens mehrerer vertretungsberechtigter Gesellschafter	38
§ 5.	Eidesleistung	40
§ 6.	Fähigkeit der Gesellschafter als Zeugen im Gesellschaftsprozesse vernommen zu werden	47
§ 7.	Nebenintervention	48
§ 8	Rechtshängigkeit	52
§ 9.	Der Gerichtsstand der offenen Handelsgesellschaft	54
	I. Der allgemeine Gerichtsstand .	54
	II. Die besonderen Gerichtsstände .	57

Seite

§ 10. Einfluss eines Mitgliederwechsels auf den Prozess der offenen Handelsgesellschaft 60

§ 11 Einfluss der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft auf einen schwebenden Gesellschaftsprozess 65

I. Mit Liquidation 66

II. Ohne Liquidation 68

§ 12. Wirkungen der Rechtskraft des im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft ergangenen Urteils für und gegen die Gesellschafter 70

I. Negative Wirkungen der Rechtskraft 72

II. Positive Wirkungen der Rechtskraft 76

Literaturverzeichnis.

Anschütz-Völderndorff, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch mit Ausschluss des Seerechts. 1868/74.

Affolter, Die rechtliche Natur der offenen Handelsgesellschaft in Kohlers Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 5 S. 1—10

v. Amelunxen, Die sog notwendige Streitgenossenschaft der deutschen Civilprozessordnung. Tübinger Dissertation 1881.

Becker, Pandekten Bd. 1. 1886.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts 1886.

Beseler, Deutsches Privatrecht 4. Aufl. 1885.

Brinkmann. Lehrbuch des Handelsrechts 1853/57

Bunsen, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts. Berlin 1900. (zitiert: Bunsen, Lehrbuch).

Bunsen, Die Parteien im Civilprozesse. In der Zeitschrift für den deutschen Civilprozess Bd. 26 S. 197 ff. (zitiert: Bunsen, Zeitschrift Bd. 26).

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts 5. Auflage 1900. (zitiert: Cosack, Handelsrecht).

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts 3. Aufl. 1901 (zitiert: Cosack, Bürgerl. Recht).

Dahn, Handelsrechtliche Vorträge 1875.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens. Bd. 2. 1901. (zitiert: Dernburg, bürgerliches Recht).

Dernburg, Pandekten Bd. 1. 6. Aufl. 1900.

Dernburg, Preussisches Privatrecht und Privatrechtsnormen des Reichs. 5. Aufl. 1894 u. 1896.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches. 1898.

Eccius, Die Stellung der offenen Handelsgesellschafter als Prozesspartei. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 32.

Endemann, Deutsches Handelsrecht 4 Aufl. 1887 (zitiert: Endemann, Handelsrecht).

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts Bd. 1 1881 (zitiert: Endemann, Handbuch).

Engelmann, Der Civilprozess, Geschichte und System. Breslau 1889—1901.

Eyermann, Die Stellung der offenen Handelsgesellschaft im Prozess. Erlanger Dissertation 1897.

Fitting, Der Reichscivilprozess 11. Aufl. 1902.

Förster, Die Civilprozessordnung für das deutsche Reich nebst Einführungsgesetz. 2. Aufl. 1904.

Freymuth, Zurücknahme eines Rechtsmittels seitens des einen von mehreren notwendigen Streitgenossen. In der Zeitschrift für den deutschen Civilprozess Bd. 28 S. 41.

Gareis, Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 nebst dem Einführungsgesetz vom 10. Mai 1887. Unter Ausschluss des Seerechts. Handausgabe etc. 3. Aufl. 1905 (zitiert: Gareis, Handelsgesetzbuch).

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 7. Aufl. 1903.

Gareis-Fuchsberger, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch 1891.

Gaupp-Stein, Die Civilprozessordnuug für das deutsche Reich 6. u. 7. Aufl. 1904.

Gelpke, Die offene Handelsgesellschaft als juristische Person. 1852.

v. Gerber, System des deutschen Privatrechts. 16. Aufl. 1891.

Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 1887. (zitiert: Gierke, Genossenschaftstheorie).

Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 1. 1895 (zitiert: Gierke, Privatrecht).

Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit. 2. Aufl. 1902. (zitiert: Gierke, Vereine.)

Gierke, Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht. In Kohlers Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 19. (zitiert: Gierke, Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 19).

Goldschmidt, System des Handelsrechts. 4. Aufl. 1892

v. Gorski, Die Geschäftsführung und Vertretung der offenen Handelsgesellschaft. 1888.

Gotter, Sind Handelsgesellschaften juristische Personen? In Busch's Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts. Bd 11 S. 341.

Habicht, Einfluss der Klage gegen die offene Handelsgesellschaft und des über dieselbe eröffneten Konkurses auf das Rechtsverhältnis der Gesellschaftsgläubiger zum Privatvermögen der Gesellschafter. In Busch's Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts. Bd. 46.

Hachenburg, Die besondere Streitgenossenschaft. 1889.

v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 4. Aufl. 1894.

Hangen, Fälle der notwendigen Streitgenossenschaft etc. 1895.

Heilfron, Römische Rechtsgeschichte. 4. Aufl. 1900.

Heilfron & Pick, Lehrbuch des Civilprozessrechts. 1904.

Hellmann, Die Civilprozessordnung für das Deutsche Reich. Neue Ausgabe. 1881.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts. 1. Bd. 1903. (zitiert: Hellwig, Lehrbuch.)

Hellwig, Anspruch und Klagerecht. Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozessrecht. 1900. (zitiert: Hellwig, Anspruch.)

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. (zitiert: Hellwig, Rechtskraft.)

Hergenhahn-Tuchatsch, Die offene Handelsgesellschaft. 1894.

v. Hövel, Worin unterscheidet sich die stille Gesellschaft des Handelsgesetzbuchs von der offenen Handelsgesellschaft und der Gesellschaft des B. G. B. Dissertation, Leipzig 1903.

Jäger, Der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft. 1897.

Jerschke, Der Liquidator der offenen Handelsgesellschaft. Erlanger Dissertation. 1895.

Kleinau, Die offene Handelsgesellschaft im Prozess. Erlanger Dissertation. 1898.

Kohler, Recht des Markenschutzes. 1885. (zitiert: Kohler, Markenschutz.)

Kohler, Substanzrecht und Wertrecht. Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 91 S. 155 ff. (zitiert: Kohler, Archiv für die civ. Praxis Bd. 91.)

Knoke, Eintritt eines neuen Gesellschafters nach dem B. G. B. Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 20 S. 170 ff.

Laband, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften. In Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 30 S. 469.

Lehmann, Ueber das Rechtsgewand der offenen Handelsgesellschaft. Dissertation. Leipzig 1882.

Lehmann & Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1. Bd. Berlin 1902.

Loeb, Kann der Schuldner einer offenen Handelsgesellschaft gegen seine Schuld eine Forderung aufrechnen etc. Dissertation. Erlangen 1897.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 12. Aufl. 1901.

Meurer, Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht. 1901.

Methner, Das alte und neue Handelsgesetzbuch. 1899.

Nagler, Die gesamte Hand im Gesellschaftsrecht. Im Sächsischen Archiv für bürgerl. Recht und Prozess. Bd. 10 S. 695 ff.

Neukamp, Handkommentar zur Civilprozessordnung. 1900.

Noest, Erlangt das gegen eine offene Handelsgesellschaft ergangene Urteil Rechtskraft gegen die Gesellschafter. Dissertation 1893.

Planck, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts. 1. Bd. 1887.

Peikert, Die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft angewandt auf die bei derselben auftretendeu Aufrechnungsfälle. Dissertation. Breslau 1895.

Petersen, Die Civilprozessordnung für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz. 4. Aufl. 1904. (zitiert: Petersen, Civilprozessordnung.)

Petersen, Ueber den Parteibegriff und die Parteifähigkeit. In der Zeitschrift für den deutschen Civilprozess. Bd. 18 S. 1. (zitiert: Petersen, Zeitschrift Bd. 18.)

Puchelt-Förtsch. Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 4. Aufl. 1903/04.

Ranzenberger. Die Rechte und Pflichten der offenen Handelsgesellschafter aus dem innern Rechtsverhältnis der Gesellschafter. Dissertation. Erlangen 1899.

Reincke, Die deutsche Civilprozessordnung für die Praxis erläutert. 5. Aufl. 1900.

Schmidt, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts. Leipzig 1900.

Sconietzki & Gelpke. Civilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz.

v. Sicherer, Genossenschaftsgesetzgebung.

Silberstein, Die Stellung der Gesellschafter im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft. Dissertation. Erlangen 1894.

Seuffert, Civilprozessordnung für das Deutsche Reich. 9. Aufl. 1904.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6. u. 7. Aufl.

Stein, Das Civilprozessrecht. In Birckmeyers Encyklopädie der Rechtswissenschaft. 1900.

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. 3. Aufl. 1893.

Struckmann & Koch, Die Civilprozessordnung für das Deutsche Reich nebst etc. 8. Aufl. 1901.

Sydow & Busch, Civilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz. 9. Aufl.

Thöl, Das Handelsrecht. 6. Aufl. 1899.

Unger, Personengesamtheit und offene Handelsgesellschaft. In Iherings Jahrbüchern. Bd. 25 S. 239 ff.

Viezens, Das Fortbestehen der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters. In Goldschmidts Zeitschrift. Bd. 35 S. 91 ff.

Wach, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts. Bd. 1. 1885. (zitiert: Wach, Handbuch.)

Wach, Vorträge über den Reichscivilprozess. 2. Aufl. 1896. (zitiert: Wach, Vorträge.)

Wach, Der Eidesbeweis in dem Prozesse der offenen Handelsgesellschaft. In der Zeitschrift für deutschen Civilprozess. Bd. 9. (zitiert: Wach, Zeitschrift Bd. 9.)

Wachenfeld, Die notwendige Streitgenossenschaft des § 59 C. P. O Hannover 1894.

Wäntig, Die Haftung für Schulden der offenen Handelsgesellschaft. Dissertation Leipzig 1904.

Weiland, Struktur und Rechtssphäre der Gesellschaftsschulden. Dissertation. Würzburg 1902.

Weissmann, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts. 1903.

Wildt, Verhältnis der Gesellschaftsschulden zu den Privatschulden eines Gesellschafters nach dem B. G. B. Dissertation. Freiburg 1900.

Windscheidt-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl.

Witte, Die Aufrechnung im Rechte der offenen Handelsgesellschaft. Dissertation. Greifswald 1899.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, insbesondere Bd. 2, 3, 6, 9, 12, 14, 21, 25. (zitiert: R. O. H. G.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, insbesondere Bd. 3, 5, 18, 30, 32, 34, 35, 49. (zitiert: R. G.)

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, insbesondere Bd. 36, 40, 48, 53. (zitiert: S. A.)

Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 6, 14, 24, 30.

§ 1.

Einleitung.

In jedem Civilprozess wird um ein Privatrechtsverhältnis gestritten. Die an diesem Rechtsverhältnis Beteiligten sind die Prozessparteien, von denen der einen Anspruch Erhebende Kläger, der Gegner Beklagter genannt wird. Partei in einem Prozesse kann aber nur sein, wer Parteifähigkeit besitzt, d. h. die Fähigkeit, aktiv und passiv Subjekt des Prozesses — Partei — zu sein, oder mit anderen Worten, die Fähigkeit, zu klagen und verklagt zu werden. Diese Fähigkeit wird nach § 50 Abs. 1 C. P. O. an die Rechtsfähigkeit des bürgerlichen Rechts, die Fähigkeit, aktives und passives Subjekt civiler Rechtsverhältnisse zu sein, geknüpft. Der prozessuale Begriff der Parteifähigkeit ist also etwas Sekundäres, er ist abgeleitet aus dem Begriff der Rechtsfähigkeit, sodass parteifähig nur sein kann, wer rechtsfähig ist.[1]) Allerdings enthält § 50 Abs. 1 C. P. O. kein „nur", und ist daher auch die Ansicht vertreten,

[1]) Dies ist die herrschende Ansicht, cf. Hellwig, Lehrbuch S. 151, Seuffert a. a. O. § 50, Wach, Handbuch, S. 519 ff, Petersen, Zeitschrift für den Deutschen Civilprozess Bd. 18, S. 53 ff, Planck a. a. O. Bd. 1, S. 210.

dass Parteifähigkeit auch bei nicht rechtsfähigen Subjekten möglich ist.[1]) Dieser Auffassung ist jedoch nicht beizutreten, denn, wie Hellwig Lehrbuch S. 151 treffend ausführt, kann eine Klageberechtigung niemandem zustehen, der überhaupt keine Rechte haben kann, und es kann Rechtsschutz nicht erteilt werden gegenüber einer nicht rechtsfähigen Person. Denn klägerische Partei sein können, bedeutet, ein eigenes Recht oder kraft eigenen Rechtes ein fremdes Recht zur Feststellung und Verwirklichung bringen zu können, und beklagtische Partei sein können, bedeutet, dass Rechtsschutz gegenüber dem zu Beklagenden erteilt werden kann. Es kann doch aber nicht mit Rücksicht auf die Rechtsbeziehungen des Klägers zu dem Beklagten ein Urteil erfolgen, wenn solche Beziehungen von vorneherein ausgeschlossen sind. Aus diesen Gründen folgt, dass § 50 C. P. O., wenn auch das „nur“ in ihm fehlt, doch Parteifähigkeit und Rechtsfähigkeit identifiziert. Wir müssen daher an dem Fundamentalsatze festhalten: Parteifähigkeit ohne Rechtsfähigkeit ist ein Unding.[2])

---

[1]) cf. Gaupp-Stein a. a. O. § 50 I. Derselben Ansicht Meurer a. a. O. S. 185: »Die Parteifähigkeit setzt nicht auch stets Rechtsfähigkeit voraus, vielmehr kann jene auch Inhalt eines Privilegs, resp. eines besonderen gesetzlichen Zugeständnisses sein«. cf. ferner Neukamp a. a. O. S. 40, Schmidt a. a. O. S. 189 Note 1.

[2]) Wie sich von diesem Standpunkt aus der Absatz 2 § 50 der C. P. O. erklärt, darüber cf. unten S. 18 Anm. 1.

So einfach und klar hiernach der Begriff der Parteifähigkeit zu sein scheint, so bietet er doch Schwierigkeiten, weil das Gesetz sich nicht mit der Vorschrift des § 50 Abs. 1 C. P. O. begnügt, sondern abgesehen von Abs. 2 § 50 C. P. O., kraft positiver Vorschrift einigen Personenverbänden Parteifähigkeit beilegt, bei denen es sehr zweifelhaft ist, ob sie rechtsfähig sind. Zu diesen Personenverbänden gehört die offene Handelsgesellschaft (cf. § 124 H. G. B.) Der alte Streit um den Rechtscharakter der offenen Handelsgesellschaft, der schon unter der Geltung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches bestand, hat auch nach dem Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 noch nicht sein Ende gefunden.

Es sind heute hauptsächlich drei Ansichten, die sich bezüglich der Prozessstellung der offenen Handelsgesellschaft gegenüberstehen. Die zahlreichen Zwischenmeinungen lassen sich alle mehr oder weniger auf eine von diesen drei zurückführen und haben den Kernpunkt mit ihnen gemeinsam. Gelegentlich werden wir auch auf sie zu sprechen kommen.[1])

Die erste Ansicht erklärt die offene Handelsgesellschaft geradezu für eine juristische Person. Partei im Gesellschaftsprozesse ist die von den Gesellschaftern verschiedene Gesellschaft als solche.

---

[1]) cf. unten S. 13, Anm. 1, 16, Anm. 1, 21, Anm. 2, 14, Anm. 1.

Nach einer zweiten Ansicht sind Partei die einzelnen Gesellschafter, eine juristische Person „offene Handelsgesellschaft“ giebt es nicht.

Die dritte Ansicht leitet die Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft aus der Wesenheit der offenen Handelsgesellschaft ab, die eine Gemeinschaft zur gesamten Hand und als solche zwar keine juristische Person aber doch rechtsfähig ist.

Nachdem diese Skizze vorausgeschickt ist, müssen wir nunmehr auf die einzelnen Meinungen näher eingehen; und zwar muss die Erörterung hierüber zunächst in eine Erörterung der Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft hinauslaufen. Selbstverständlich hat sich diese in den durch unser Thema gesteckten Grenzen zu halten und kann sich nicht auf eine erschöpfende Erörterung sämtlicher Konstruktionsversuche erstrecken, die bezüglich der Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft gemacht worden sind.

§ 2.

Die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft.

Was die beiden ersten der im Ausgang des vorhergehenden Paragraphen genannten Meinungen angeht, so können wir sie zusammenhängend behandeln. Sie unterscheiden sich dadurch, dass die eine die offene Handelsgesellschaft für eine juristische Person erklärt, während die andere ihr die juristische

Persönlichkeit abspricht. Die Frage, die wir zunächst zu beantworten haben, muss also den alten Streit um die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft zum Gegenstande haben.[1])

---

[1]) Für die juristische Person besonders: Gaupp-Stein a. a. O Bemerkungen zu §§ 50, 66, 239, 263, 373, 473; Kohler, Markenschutz und Archiv für civilistische Praxis Bd. 91 S. 155. ff. Ferner Gelpke a a O, Anschütz a. a. O. S. 6, Endemann, Handelsrecht § 30 II, von Sicherer a. a O. S. 103. ff, Noest a a. O., Eccius a. a. O. S. 5. Mit Unrecht zählt Stobbe a a. O. Bd. 1 S 435 Windscheidt hierher, der, wenn er auch zugiebt, dass bei Annahme einer juristischen Persönlichkeit manche Schwierigkeiten leichter zu lösen wären, darum keineswegs die Rechtspersönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft behauptet. (Pandekten II, § 407 Note 2) Gegen die Annahme einer juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft sind hauptsächlich aufgetreten: Staub a. a. O. § 105 Anm 8, Lehmann und Ring a a. O. S. 207, ferner Thöl a a. O. § 88 Nr. 8, von Gerber a. a. O § 195 Nr. 5, § 195 Nr. 13, Hahn a. a. O. Artikel 111 und Art. 121, Laband in Goldschmidts Zeitschrift Bd 30 S. 475 ff, Kuntze in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 6, S. 214, Regelsberger in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 14 S. 24, Simon in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 24, S. 110, Dernburg, Preussisches Privatrecht II § 217, Stobbe a. a O. Bd. 1 S. 434 ff., Behrend a. a. O. § 62, Wach, Handbuch S. 522 ff, Eyermann a. a. O. § 2, Hergenhahn-Tuchatsch a. a. O. S 24, Kleinau a. a. O. I, Habicht a. a O., Peikert a. a. O. § 2, Silberstein a. a. O. § 1 u. a. Ausserdem Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. Bd. 9 S. 17, 12 S. 261, 14 S. 5, 25 S. 126, 2 S. 37, 3 S. 417 und des Reichsgerichts Bd. Bd. 3 S. 57, 5 S. 55, 18 S. 139, 30 S. 152, 32 S. 398 u. a.

Lehmann & Ring a. a. O. S. 127 und Staub a. a. O. § 105 Anm. 8 erklären den Streit um die juristische Person der offenen Handelsgesellschaft zu Ungunsten der juristischen Person für beseitigt lediglich aus dem Grunde, weil das Handelsgesetzbuch im § 105 Abs. 2 vorschreibt, dass auf die offene Handelsgesellschaft, soweit nicht im H. G. B. ein anderes bestimmt ist, die Vorschriften des B. G. B. über die Gesellschaft Anwendung finden sollen. Nach ihrer Ansicht würde der Hinweis auf die Vorschriften des Gesellschaftsrechts einen Widerspruch enthalten, wenn die übrigen Vorschriften des H. G. B. zur Annahme einer juristischen Person führen müssten, da B. G. B. rechtsfähige Vereine und Gesellschaften scharf von einander trenne. Damit ist aber m. E. die Sache nicht abgetan, der Hinweis auf die Gesellschaft mag mit ein Grund sein, die juristische Person der offenen Handelsgesellschaft zu verneinen, er überhebt uns aber nicht der Notwendigkeit, die übrigen Gründe zu prüfen, welche die Anhänger der Theorie der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft für ihre Meinung anführen, und das um so weniger, als wir sehen werden, dass diese Gründe so ohne weiteres durchaus nicht von der Hand zu weisen sind, für die französische Wissenschaft und Praxis sind sie sogar ausschlaggebend geworden.

Vorweg mag noch bemerkt werden, dass man aus dem Wort offene Handelsgesellschaft selbstverständlich kein Argument gegen ihre juristische

Persönlichkeit herleiten kann, denn, abgesehen davon, dass dies eine rein äusserliche Beweisführung wäre, ist der Ausdruck Gesellschaft nicht im rein technischen Sinne gebraucht, sodass er einen Gegensatz zur juristischen Person andeuten soll, sondern es ist hier ein weiterer Sinn mit ihm verbunden, unter dem auch juristische Personen, wie z. B. die Aktiengesellschaften, mit inbegriffen sind. Auch das mag gleich bemerkt werden, dass man alle die Umstände, die man unter der Geltung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches für die juristische Person der offenen Handelsgesellschaft anführte, die die offene Handelsgesellschaft aber nach dem neuen Handelsgesetzbuch mit der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts teilt, heute nicht mehr für die juristische Person der offenen Handelsgesellschaft geltend machen kann. Denn, was in gleicher Weise für die offene Handelsgesellschaft und die bürgerliche Gesellschaft gilt, kann unmöglich dazu dienen, die juristische Person der offenen Handelsgesellschaft zu statuieren, oder man müsste dahin kommen, auch die Gesellschaft des B. G. B. für eine juristische Person zu erklären. Nicht mehr berufen kann man sich daher auf die Unzulässigkeit einer Kompensation zwischen Forderungen der Gesellschaft und Privatforderungen der Gesellschaftsschuldner gegen einen einzelnen Gesellschafter (B. G. B. § 719 Abs. 2, früher A. D. H. G B. Art. 121). Auch den § 130 H. G. B., der die Haftung eines in eine bestehende Gesellschaft eintretenden Gesellschafters für die vor seinem Ein-

tritt in die Gesellschaft begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft anordnet, und die daraus folgende Unabhängigkeit der Gesellschaft vom Bestande ihrer Mitglieder, kann man heute aus dem genannten Grunde nicht mehr für die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft anführen, da auch bei der Gesellschaft des B. G. B. ein Wechsel der Mitglieder ohne vorherige Auflösung der Gesellschaft möglich ist.[1])

Den Hauptstützpunkt für ihre Meinung finden die Anhänger der Theorie von der juristischen Person der offenen Handelsgesellschaft in den § 124 H G. B.

Nach § 124 H G. B. kann die offene Handelsgesellschaft im Verkehr unter einer besonderen Firma, die sich von den Namen ihrer Mitglieder unterscheidet, auftreten. Dies giebt jedoch nichts her, denn es bedeutet dasselbe, wie wenn dem Einzelkaufmann im § 17 H. G. B. das Recht gegeben wird, unter seiner Firma sein Geschäft zu betreiben und die Unterschrift abzugeben. Ebensowenig wie dem Kaufmann durch die Vorschrift des § 17 H. G. B. eine von der Firma gedeckte zweite juristische Persönlichkeit gegenüber gestellt wird, so wenig ist es nötig, für die offene Handelsgesellschaft eine besondere juristische Person als Trägerin des Firmennamens anzunehmen. Auch dass die offene Handelsgesellschaft nach § 124 H. G. B. unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen

[1]) cf. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, Anm. 38a.

kann, spricht nicht für ihre juristische Persönlichkeit. Denn, da nach dem eben Gesagten die Firma nur der kaufmännische Kollektivname der Gesellschafter ist, so ist mit der genannten Vorschrift noch nicht gesagt, wer aus den unter der Firma geschlossenen Rechtsgeschäften tatsächlich berechtigt und verpflichtet ist; es können dies ebenso gut die Gesellschafter sein wie ein besonderes Rechtssubjekt.

Mehr für das Vorhandensein einer juristischen Person scheint die Bestimmung des § 124 H. G. B. zu sprechen, dass die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben kann. Denn, nimmt man keine juristische Person an, so muss das Eigentum etc. den Gesellschaftern gemeinsam zustehen, und es erwirbt nach § 130 H G. B. ein neu eintretender Gesellschafter Miteigentum ohne Eintragung in das Grundbuch, ebenso erhöhen sich die Anteile der übrigen Gesellschafter, wenn ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet, gleichfalls ohne dass eine Eintragung in das Grundbuch stattfindet. Dies Ergebnis, zu dem man bei Verneinung der juristischen Person kommen muss, enthalte, so wird nun von einigen geltend gemacht, eine Durchbrechung des für das Immobiliarsachenrecht grundlegenden Prinzips, dass für eine Eigentumsänderung die Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist. Darum müsse man aus dieser Bestimmung des § 124 H G. B. die juristische Person der offenen Handelsgesellschaft herleiten. Dieser Schluss ist aber nicht zutreffend, denn

dieselbe Durchbrechung des Prinzips findet sich auch beim Uebergang des Grundstücks vom Erblasser auf den Erben, ferner bei der allgemeinen Gütergemeinschaft. Wie man sieht, wird also jenes Prinzip nicht so streng durchgeführt, dass man seinetwegen zur Annahme der juristischen Person der offenen Handelsgesellschaft schreiten müsste.

Vornehmlich sucht man die Rechtspersönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft aus der Bestimmung des § 124 H. G. B. herzuleiten, dass die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma vor Gericht klagen und verklagt werden kann. Aber auch das schlägt nicht durch, denn man braucht nur wieder den § 17 H. G. B. heranzuziehen, ebensowenig wie dort kann man hier sagen, dass Klägerin bezw. Beklagte eine besondere juristische Person sein muss.

Was sodann den Abs. 2 des § 124 H. G. B. anlangt, in dem es heisst: „Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Schuldtitel erforderlich“, so macht auch diese Bestimmung, nach der die offene Handelsgesellschaft im Gegensatz zur Gesellschaft des B. G. B. (cf. C. P. O. § 736) Zwangsvollstreckungsschuldnerin ist, sie nicht zur juristischen Person, denn eine ähnliche Erscheinung haben wir im § 748 C. P. O., und doch wird keiner behaupten wollen, dass infolge dieses Paragraphen der Nachlass zu einer juristischen Person oder der

Testamentsvollstrecker zum Eigentümer desselben gemacht werde.[1])

Als weiterer Stützpunkt für die Annahme einer juristischen Person wird geltend gemacht, dass Gesellschaft und Gesellschafter einander als Gläubiger und Schuldner gegenüber treten können. (H. G. B. § 110: „Die Gesellschaft kann vom Gesellschafter Schadensersatz verlangen"), Man sagt, wäre die offene Handelsgesellschaft eine wirkliche Gesellschaft, wären die mehreren Subjekte des Gesellschaftsvermögens die Gesellschafter und nicht eine juristische Person, so wäre es unmöglich, dass der einzelne Gesellschafter der Gesellschaft als dritter gegenüber stehen könne. Hiergegen ist zu sagen, dass diese Verbindlichkeit zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern nur eine scheinbare ist, in Wahrheit besteht sie zwischen den einzelnen Gesellschaftern, die hier in doppelter Beziehung in Betracht kommen wegen der Trennung des Privatvermögens von dem Gesellschaftsvermögen.

Bisher haben wir immer nur gezeigt, dass es nicht nötig ist, aus den einzelnen Sonderheiten der Handelsgesellschaft ihre juristische Person herzuleiten. Wir kommen jetzt dazu, einen positiven

---

[1]) Ueber die Vorschrift des § 129 Abs. 4 H. G. B.: »Aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Schuldtitel findet die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter nicht statt«, und die hieraus möglicherweise herzuleitende Annahme der juristischen Person, cf. unten § 12 II.

Grund anzuführen, der gegen die Annahme einer juristischen Person spricht. Nicht die Möglichkeit, Vermögen zu haben, ist das Charakteristische für die Unterscheidung zwischen rechtsfähigen und nichtrechtsfähigen Personenmehrheiten, wie Laband a. a. O. S. 475 nachgewiesen hat, sondern vielmehr die Möglichkeit, selbst Träger von Rechten zu sein. § 128 H. G. B. bestimmt nun, dass die Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gesellschaftsgläubigern als Gesamtschuldner persönlich haften. Es giebt also keine Gesellschaftsschulden, d. h. keine Schulden, für welche das Gesellschaftsvermögen allein haftet; solange aber die Mitglieder einer Personenmehrheit für die im Interesse der Gesamtheit gemachten Schulden persönlich haften, liegt keine juristische Person vor. Der § 128 H. G. B. spricht also deutlich gegen die Annahme einer juristischen Person.

Nimmt man schliesslich noch hinzu, dass die offene Handelsgesellschaft in den weitaus meisten Fällen nur aus wenigen bestimmten Mitgliedern besteht, und dass sie beim Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung durch Konkurs, den Tod und die Kündigung eines Gesellschafters (§ 131 H. G. B.) aufgelöst wird, so spricht auch dies gegen ihre juristische Persönlichkeit.

Das Ergebnis unserer Untersuchung ist also, dass es Bestimmungen im Gesetze giebt, die als Ausfluss einer selbständigen juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft erscheinen

können, jedoch nicht müssen, dass es andererseits aber Bestimmungen giebt, die mit dem Charakter einer juristischen Person unvereinbar sind. Wir sind daher genötigt, die Annahme einer juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft zu verwerfen.[1])

Die dritte der in der Einleitung angeführten Ansichten[2]) geht davon aus, dass die offene Handelsgesellschaft ein Gesamthandverhältnis ist. Als solches ist sie zwar keine juristische Person, kein von ihren Mitgliedern verschiedenes neues Rechtssubjekt, wohl aber ist sie ein Rechtsverhältnis, welches Rechtssubjekte als solche in eine dauernde gegenseitige Beziehung setzt, sie an- und durcheinander bindet und so unter Aufhebung des blossen Fürsichseins der Individuen eine in sich geeinte Personenmehrheit in die Welt der Privatrechtssubjekte einführt.[3])

---

[1]) Zu verwerfen ist aber auch die Ansicht, die zwar zugiebt, dass die offene Handelsgesellschaft materiellrechtlich keine juristische Person sei, die aber sagt, im Prozesse müsse sie als solche behandelt werden (cf. Wachenfeld a. a O. S. 76). Denn dasselbe juristische Gebilde kann im Prozessrechte keine andere Stellung haben als im materiellen Rechte, da die prozessuale Stellung, wie in der Einleitung von uns nachgewiesen ist, nur ein Ausfluss der materiellrechtlichen Stellung ist.

[2]) Sie ist aufgestellt von Gierke, Genossenschaftstheorie S. 591 ff. und deutsches Privatrecht I § 80, auch Archiv für Bürgerliches Recht Bd 19 S. 117 ff., hauptsächlich vertreten wird sie von Seuffert a. a. O. § 50 Nr. 2d.

[3]) cf Gierke, Genossenschaftstheorie S. 452.

Obgleich diese kollektive Einheit kein „neues" Rechtssubjekt ist, kommt ihr gleichwohl eine besondere Rechtsfähigkeit zu, deren Träger allerdings keine von den Gesellschaftern verschiedene juristische Person, sondern die aus der Vielheit entstandene Einheit der Gesellschafter selbst — die zur Einheit verschmolzenen Gesellschafter — ist.

Richtig an dieser Ansicht ist zunächst, dass die offene Handelsgesellschaft keine juristische Person ist, richtig ist auch, dass sie ein Gesamthandverhältnis[1]) ist, und es muss auch zugegeben werden, dass bei dieser Auffassung die vielen Streitfragen, die namentlich auch für den Prozess der offenen Handelsgesellschaft bestehen, leicht zu lösen sind, insofern als ein einheitliches Subjekt der Gesellschaftsrechte und Pflichten vorhanden ist, ohne dass die juristische Person der offenen Handelsgesellschaft statuiert wird, was, wie wir gesehen haben, unter allen Umständen zu verwerfen ist. Es lässt sich auch nicht leugnen, dass durch das Prinzip der gesamten Hand eine personenrechtliche Verbundenheit der Einzelmitglieder bewirkt wird. Die einzelnen

---

[1]) Die offene Handelsgesellschaft als römisch rechtliche Societät zu bezeichnen, geht nach dem neuen Handelsgesetzbuch nicht mehr an, denn das Gesellschaftsrecht des B. G. B., das nach § 105 H. G. B. für die offene Handelsgesellschaft grundlegend gemacht ist, hat sich von der Lehre der römischen societas völlig abgewandt und untersteht dem deutschrechtlichen Prinzip der gesamten Hand, cf. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 435 ff.

Mitglieder bilden eine Personeneinheit nach innen insofern, als es ihr Gesamtwille ist, der als einheitlicher Wille zum Ausdruck kommt, nach aussen, insofern als nicht jeder einzelne Gesellschafter für sich allein, sondern immer nur alle Mitglieder insgesamt berechtigt und verpflichtet sind, einheitlich handelnd aufzutreten.[1])

Nicht richtig ist es aber, aus diesen Gründen die offene Handelsgesellschaft zu einem selbständigen Rechtssubjekt zu erheben. Dies kann man nur, wenn man sagt, sie ist eine juristische Person, denn das bürgerliche Recht kennt als Rechtssubjekte nur physische und juristische Personen, ein Drittes giebt es nicht. Es ist daher unzulässig, auf dem Wege juristischer Deduction ausserdem noch Rechtssubjekte zu konstruieren, denn hätte unsere Gesetzgebung ausser den genannten noch andere Rechtssubjekte schaffen wollen, so hätte sie dies in unzweideutiger Weise getan. Solange man also nicht sagt, die offene Handelsgesellschaft ist eine juristische Person, solange kann man auch nicht sagen, sie ist rechtsfähig. Mit demselben Rechte müsste man sonst auch die Gesellschaft des B. G. B. für rechtsfähig erklären, und in der Tat geht Seuffert a. a. O. § 50 No. 2d soweit. Das ist doch aber offensichtlich

[1]) Dem steht natürlich nicht entgegen, dass die Geschäftsführung und die Vertretungsbefugnis ausschliesslich einem oder mehreren Gesamthändern durch den Gesellschaftsvertrag übertragen wird, während die übrigen davon ausgeschlossen sind.

nicht haltbar. Aus diesen Gründen vermögen wir dieser Ansicht nicht beizutreten.[1])

Fassen wir nunmehr das Endresultat unserer gesamten Erörterung über die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft zusammen, so kommen wir zu folgendem Ergebnis: Die offene Handelsgesellschaft ist weder ganz noch in gewissen Beziehungen eine juristische Person, noch überhaupt ein Rechtssubjekt, sondern wie jede andere nicht rechtsfähige Personenmehrheit gleich der Summe der Gesellschafter, nur dass für sie eine Reihe von Besonderheiten gilt. Träger der Gesellschaftsrechte und Pflichten und somit Subjekte des Gesellschaftsvermögens sind demnach die einzelnen Gesellschafter.

Unter Zugrundelegung dieser Auffassung wollen wir sehen, welche Folgen sich für den Prozess der offenen Handelsgesellschaft ergeben, wobei wir jedoch

---

[1]) An dieser Stelle müssen eine Reihe von Theorien Erwähnung finden, die, um die eigenartige Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft zu erklären, einen neuen Begriff bilden. So sprechen Dahn a. a. O. S. 75 und Gareis Handelsrecht S. 195 und Kommentar § 124 von sog. »relativer juristischer Person«. Brinkmann am angeführten Orte S. 126 nennt die offene Handelsgesellschaft eine »Kollektivgesellschaft«, während Unger a. a. O. S. 251—52 sie als »Kollektivpersönlichkeit« bezeichnet Auf diese Meinungen näher einzugehen ist überflüssig, denn, wie Gierke Genossenschaftstheorie S. 50 ganz richtig sagt, verbirgt sich der Gedanke einer kollektiven Einheit hinter all diesen Meinungen, nur der Ausdruck ist schief. Ihre Begründungen sind daher im obigen mitwiderlegt.

nicht verfehlen werden, gelegentlich vergleichsweise auch die übrigen Meinungen zu berücksichtigen.

§ 3.

Parteifähigkeit.

Wie eben erörtert, kommt der offenen Handelsgesellschaft Rechtsfähigkeit nicht zu und sind die Träger der Gesellschaftsrechte und -Pflichten die einzelnen Gesellschafter. In Uebereinstimmung mit der zweiten in der Einleitung aufgeführten Ansicht müssen wir also von dem von uns angenommenen Standpunkt aus, dass es Parteifähigkeit ohne Rechtsfähigkeit nicht giebt, dahin kommen, dass Partei im Gesellschaftsprozess die einzelnen Gesellschafter sind. Wenn dem aber so ist, so muss es auffallend erscheinen, dass die offene Handelsgesellschaft nach H. G. B. § 124 unter ihrer Firma klagen und verklagt werden kann, ihr also Parteifähigkeit verliehen wird, gleich als wenn sie ein selbständiges Rechtssubjekt wäre; oder sollten doch diejenigen Recht haben, die Parteifähigkeit auch ohne Rechtsfähigkeit für möglich halten?[1])

[1]) Keine Bedenken hinsichtlich der Parteifähigkeit können sich ergeben, wenn man in der offenen Handelsgesellschaft eine juristische Person erblickt. Alsdann ist es nichts Auffallendes sondern selbstverständlich, dass die Gesellschaft unter ihrer Firma klagen und verklagt werden kann. § 124 H. G. B. wird ja gerade hauptsächlich von den Anhängern der juristischen Persönlichkeit der offenen

Die Lösung dieses scheinbaren Widerspruchs ist sehr einfach, wenn man zwischen formeller und materieller Parteifähigkeit unterscheidet.[1])

Unter formeller Parteifähigkeit ist die einer Personenmehrheit oder Vermögensmasse ohne eigene Rechtssubjektivität zukommende Fähigkeit, unter eigenem Namen zu klagen und verklagt zu werden zu verstehen. Dagegen ist materielle Parteifähigkeit

---

Handelsgesellschaft ins Feld geführt. Keine Bedenken ergeben sich auch vom Standpunkte der Gierkeschen Gesamthandstheorie aus. Die Parteifähigkeit erscheint hier als ein Ausfluss der Wesenheit der offenen Handelsgesellschaft als Rechtssubjekt. Partei ist die mit Rechtsfähigkeit ausgestattete kollektive Einheit der Gesellschafter A. B. C. oder was nur eine andere Ausdrucksweise ist — die aus A. B. C. bestehende Gesellschaft. Im praktischen Ergebnis wird daher diese Theorie mit der Theorie der juristischen Person im allgemeinen übereinstimmen müssen, da nach beiden die Gesellschaft Prozesssubjekt ist.

[1]) cf. Wach, Handbuch S. 520 ff., ferner R. G. 49 S. 343: »Die offene Handelsgesellschaft kann zwar unter ihrer Firma klagen und verklagt werden, und sie ist daher ein formell parteifähiges Rechtsgebilde. Daraus folgt materiellrechtlich, dass eine Gesellschaftsschuld nichts anderes ist als eine Schuld der Gesellschafter, für welche sie sowohl mit dem Gesellschaftsvermögen wie mit dem Privatvermögen haften, und prozessrechtlich, dass, wenn eine offene Handelsgesellschaft klagt und verklagt wird, Prozesspartei auf der klagenden und beklagten Seite immer die Gesellschafter sind.« Aus dem Begriff der formellen Parteifähigkeit erklärt sich auch Abs. 2 § 50 C. P. O. cf. oben S. 2, Anm. 1.

die bereits erörterte aus der allgemeinen Rechtsfähigkeit fliessende Fähigkeit, aktives und passives Subjekt eines Prozesses zu sein. Der formelle Parteibegriff findet Anwendung also nur auf Vermögensmassen und Personenvereine, welche als solche nicht Parteifähigkeit im materiellen Sinne besitzen, da sie keine juristischen Personen sind, trotzdem aber im eigenen Namen klagen und verklagt werden können. Der wichtigste Anwendungsfall eines solchen Personenvereins ist die offene Handelsgesellschaft. Ihre Parteifähigkeit ist also etwas ganz Formelles und berechtigt keineswegs zu einer Uebertragung derjenigen Rechtssätze, die sich aus dem materiellen Parteibegriff ergeben. Sie hat lediglich die Bedeutung, dass zur Vermeidung praktischer Härten, die sich sonst ergeben würden, alle Gesellschafter unter einem Namen als Kläger oder Beklagte zusammengefasst werden können, und dass die namentliche Aufführung der einzelnen Gesellschafter durch Nennung des Gesamtnamens ersetzt werden kann. So wie der Kaufmann Prozesse, die auf sein Handelsgewerbe Bezug haben, unter seiner Firma führen kann (H. G. B. § 17 Abs. 2), so können auch die Gesellschafter unter der Firma als ihrem kaufmännischen Gesamtnamen prozessieren. Zur Bezeichnung der Partei, die nach C. P. O. § 253 Nr. 1 ein wesentliches Erfordernis der Klage bildet, ist daher nicht nötig, dass die einzelnen Gesellschafter, die die Firma umfasst, in der Klageschrift aufgeführt werden, sondern es genügt die Angabe der Gesellschaftsfirma.

Bei einer Klage des Kaufmanns Carl Schultz gegen die offene Handelsgesellschaft Müller & Co. z. B. braucht also nur gesagt zu werden: Klage des Kaufmanns Carl Schultz gegen die Firma Müller & Co., die einzelnen Gesellschafter dagegen brauchen nicht genannt zu werden, auch nicht die vertretungsberechtigten. Will der Gegner sich darüber Gewissheit verschaffen, mit welchen Personen er es im Prozess zu tun hat, so kann er ja das Handelsregister zu Rate ziehen.

Bestritten ist, ob der Zusatz „offene Handelsgesellschaft“ zu der Firma hinzugefügt werden muss. Einige[1]) meinen, es müsse, um die Partei gehörig zu bezeichnen und um die Berechtigung darzutun, unter der Firma aufzutreten, die Gesellschaft als offene Handelsgesellschaft bezeichnet werden. Hiergegen ist aber einzuwenden, dass nichts im Wege steht, den Zusatz „offene Handelsgesellschaft“ fortzulassen, denn er ist nicht obligatorisch gefordert bei Zeichnung der Firma, wie z. B. bei Zeichnung der Firma einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung der Zusatz „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ vorhanden sein muss. Ja, man kann es sogar genügen lassen, dass die offene Handelsgesellschaft sich bloss als Kaufmann bezeichnet, selbst wenn dadurch die Gefahr entstehen sollte, dass sie mit einem der Gesellschafter bei

---

[1]) Zum Beispiel Hergenhahn - Tuchatsch a. a. O. S. 217.

Uebereinstimmung der Firma verwechselt werden sollte.[1])

Ob, bezw. welche weiteren prozessualen Folgen sich an die formelle Parteifähigkeit knüpfen, bleibt der juristischen Deduktion überlassen. Materiell Partei im Gesellschaftsprozess, d. h. also aktives und passives Subjekt des Prozesses sind die einzelnen Gesellschafter selbst, gerade so wie sie die Subjekte des Gesellschaftsvermögens sind, denn die Gesellschaft ist nicht rechtsfähig.[2])

Sind aber in einem Prozesse in der Kläger- oder Beklagten-Rolle mehrere Personen vorhanden, so liegt eine sog. Streitgenossenschaft vor. Die C. P. O. kennt zwei Arten von Streitgenossenschaften, die einfache und die sog. notwendige des § 62. Die letzte besteht zwischen den Gesellschaftern im

[1]) cf. Lehmann u. Ring a. a. O. § 124 Nr. 4.

[2]) Hier muss einer Konstruktion gedacht werden, die Meurer a. a. O. § 8 bringt. Indem er davon ausgeht, dass es eine formelle und materielle Rechtsfähigkeit giebt (cf. S. 29), unterscheidet er, ebenso wie wir, zwischen formeller und materieller Parteifähigkeit. Während wir aber dem formellen Parteibegriff keine weitere Bedeutung als die einer Kollektiv-Bezeichnung der Gesellschafter zuschreiben und alle weiteren Konsequenzen für den Prozess aus dem Gesellschaftsrecht entnehmen, versteht Meurer unter formeller Parteifähigkeit, dass die Gesellschaft für den Prozess nach aussen wie eine juristische Person funktioniert, während nach innen das Gesellschaftsprinzip entscheidet. Hierdurch kommt er in manchen Punkten zu anderen Resultaten als wir cf. z. B. unten § 7, Anm. 1.

Prozesse der offenen Handelsgesellschaft. Der Gesellschaftsprozess gehört zu den Fällen, in denen das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann, Welche Fälle hiermit gemeint sind, ergiebt sich aus den Motiven zu § 62 C. P. O. Es sind darunter diejenigen Fälle zu verstehen, bei denen auf Grund des materiellen Rechts die Beziehungen der mehreren Streitgenossen zu der streitigen Sache notwendiger Weise die gleichen sind, sodass es zu schwierigen Verwickelungen führen würde, wenn im Gegensatz zur materiellen Rechtslage den verschiedenen Streitgenossen gegenüber verschiedene Urteile gefällt würden; es soll in demselben Prozess nicht gleichzeitig ein Rechtsverhältnis als bestehend und als nichtbestehend angesehen werden, wenn die gleichen Rechte und Pflichten mehrerer in betreff desselben Rechtsverhältnisses zu beurteilen sind.

Diese Erwägungen treffen für den Prozess der offenen Handelsgesellschaft zu. Die Gesellschaft wird vertreten durch jeden Gesellschafter, welcher von der Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, nicht ausgeschlossen ist. (H. G. B. § 125.) Durch die Handlungen desselben wird daher die Gesellschaft d. i. die Gesellschafter (cf. oben S. 16) unmittelbar berechtigt und verpflichtet. Für sämtliche Gesellschafter entstehen die Rechte und Verbindlichkeiten in durchaus einheitlicher Weise.

Was zunächst die Gesellschaftsrechte angeht, so ist nach B. G. B. § 719, der nach § 105 Abs. 2

H. G. B. auch auf die offene Handelsgesellschaft Anwendung finden muss, jede Privatverfügung der einzelnen Gesellschafter über dieselben unmöglich. Ebenso wie die Entstehung können daher auch die Aenderung und der Untergang der Gesellschaftsrechte für alle Gesellschafter nur einheitlich sein.

Was sodann die Verbindlichkeiten der Gesellschaft betrifft, so muss man zwischen dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter und ihren Anteilen am Gesellschaftsvermögen unterscheiden. In Bezug auf die einheitlich entstandenen Gesellschaftsschulden können sich die einzelnen Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern gegenüber insofern in verschiedener Lage befinden, als sie mit ihnen besondere, nur die Person betreffende, Verträge wie z. B. Stundung geschlossen haben. Alle diese persönlichen Abmachungen haben jedoch Wirkung nur für das Privatvermögen der Gesellschafter, nicht dagegen für ihren Anteil am Gesellschaftsvermögen, über diesen können zu Folge des Prinzips der gesamten Hand die einzelnen Gesellschafter nicht verfügen, sondern immer nur die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit. Demnach ist, soweit das Gesellschaftsvermögen in Betracht kommt, auch rücksichtlich der Verbindlichkeiten der Gesellschaft jede Verfügung des einzelnen Gesellschafters unzulässig, die ihm eine andere Stellung verschafft als seinen Mitgesellschaftern, auch insoweit ist die Lage der Gesellschafter eine gleiche.

Es können also, wenn es wegen eines Rechtes oder einer Verbindlichkeit der Gesellschaft zum Prozesse kommt, nicht ungleiche Entscheidungen gegen die Gesellschafter erlassen werden. Es kann dem einen Gesellschafter kein Recht zustehen, ohne dass es nicht auch in gleicher Weise den anderen Gesellschaftern zukommt, und es kann der eine nicht Schuldner sein, ohne dass nicht auch die übrigen — in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen — mitverpflichtet sind. Jedes streitige Rechtsverhältnis kann allen Gesellschaftern gegenüber nur einheitlich festgestellt werden, die Gesellschafter sind notwendige Streitgenossen im Sinne des § 62 C. P. O.[1])

§ 4.

Prozessfähigkeit.

I. Die offene Handelsgesellschaft ist nicht prozessfähig.

Scharf zu unterscheiden von der Parteifähigkeit ist die Prozessfähigkeit, d. h. die Fähigkeit, in einem Prozess selbständig Prozesshandlungen mit recht-

[1]) Derselben Ansicht sind Wach, Handbuch S. 528 und Zeitschrift Bd. 9 S. 433, v. Amelunxen a. a. O. S. 68 ff, Hachenburg a. a. O. S. 120, Silberstein a. a. O. § 4, Kleinau a. a. O. S. 23, A. M. Wachenfeld a. a. O. S. 92, der, abgesehen davon, dass er prinzipiell auf einem anderen Standpunkt steht als der Verfasser (cf. S. 13 Anm. 1), lehrt, dass die Gesellschafter zwar als Streitgenossen erscheinen müssten, nicht aber als notwendige, da der Umstand, dass sie das Interesse der Gesellschaft wahrnehmen, noch nicht zu gleichheitlichen Entscheidungen nötige.

licher Wirkung vorzunehmen, also einen Prozess entweder selbst zu führen oder zu dessen Führung einen Bevollmächtigten zu bestellen.

Nach C. P. O. § 52 ist jeder nur insoweit prozessfähig, als er sich durch Verträge verpflichten kann. Es ist also die Prozessfähigkeit Handlungsfähigkeit für den Prozess.[1]) Da nun die offene Handelsgesellschaft als solche ebensowenig handlungsfähig ist wie eine juristische Person — denn die Handlungsfähigkeit ist eine rein natürliche Eigenschaft, die nur der Mensch besitzen kann — so kommt ihr auch keine Prozessfähigkeit zu,[2]) sie ge-

[1]) Allerdings decken sich die Begriffe der Handlungsfähigkeit und der Prozessfähigkeit nicht ganz. Der Begriff der Handlungsfähigkeit umfasst Geschäftsfähigkeit und Deliktsfähigkeit. Die Handlungsfähigkeit teilt sich wieder in Erwerbsfähigkeit und Verpflichtungsfähigkeit, und bei der Verpflichtungsfähigkeit kann man wieder die Fähigkeit unterscheiden, ob jemand sich durch einseitige Rechtsgeschäfte oder durch Verträge verpflichten kann. Nur mit der letztgenannten Fähigkeit ist die Prozessfähigkeit nach § 52 C. P. O. identisch.

[2]) cf. Gaupp-Stein a. a. O. § 51 III. 1., Meurer a. a. O. S. 198, R. G. 12 S. 399 ff. A. M. im Anschluss an Gierke, Genossenschaftstheorie S. 144 und 733 namentlich Seuffert a. a. O § 51, 4. Er verwirft die Annahme der Handlungsunfähigkeit der juristischen Person und der sonstigen partei, fähigen Personenverbände und vertritt die Ansicht, dass sie willens- und handlungsfähig seien, sie handelten durch ihre Organe oder, soweit die Verbände nicht organisiert seien durch die Gesamtheit ihrer Mitglieder. Von diesem Standpunkt aus ergiebt sich dann, dass die juristischen Personen und

hört vielmehr zu den nicht prozessfähigen Personenvereinen, welche zwar als solche klagen und verklagt werden können, welche aber nicht selbst im Prozess handeln können, sondern nach den Vorschriften des Civilrechts durch gesetzliche Vertreter repräsentiert werden.

II. Vertretung vor Gericht.

Wie wir oben gesehen haben, sind Partei im Gesellschaftsprozess die Gesellschafter. An und für sich müssten daher sämtliche Gesellschafter, in Person oder durch andere, den Prozess führen; und zwar würde alsdann nicht bloss ein Prozess vorliegen, sondern es würde sich um so viel Prozesse handeln als Gesellschafter vorhanden sind. Denn, wie die Streitgenossenschaft überhaupt, so bewirkt auch die notwendige Streitgenossenschaft, die nur eine Abart der gewöhnlichen ist und die Grundzüge mit ihr teilt, nicht nur — und dies ist wenigstens für die einfache Streitgenossenschaft unbestritten — eine Mehrheit von Klagen[1]) (subjektive Klagehäufung), sondern auch eine Mehrheit von Prozessen, wie Wachenfeld a. a. O. S. 53 nachgewiesen hat Wachenfeld sieht auf den inneren Zusammenhang der Prozesshandlungen und versteht unter Prozess

die sonstigen parteifähigen Personenverbände prozessfähig sind und die Prozesshandlungen durch ihre Organe resp. durch die Gesamtheit ihrer Mitglieder vornehmen können. Ebenso Hellwig, Anspruch S. 238.

[1]) A. M. von Amelunxen a. a. O. S. 155.

die Form, in welcher ein Streit zwischen zwei Streitenden geschlichtet wird Darnach liegen nicht weniger Proz sse als Rechtsstreite vor, und weil mehrere Streitverhältnisse nur durch ebensoviele Klagen entstehen können, nicht weniger Rechtsstreite als Klagen erhoben sind. Die gemeinsame Geltendmachung mehrerer Ansprüche von mehreren und gegen mehrere schafft also nur eine formelle Vereinigung, mehrere Prozesse bleiben es trotz der Verhandlung in einem Termin und trotz der Zusammenfassung in einer Entscheidung, und das Urteil ist, so einfach die Formel auch sein mag, in Wahrheit ein mehrfaches (cf. Wachenfeld a. a. O. S. 53).

Der Einfachheit halber bestimmt nun aber H. G. B. § 125 Abs. 1, dass zur Vertretung der Gesellschaft jeder Gesellschafter ermächtigt ist, wenn er nicht durch den Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen ist, und H. G. B. § 126 Abs. 1 spricht aus, dass die Vertretungsmacht sich auf alle gerichtlichen und aussergerichtlichen Geschäfte und Handlungen erstreckt. Also kann die Gesellschaft vor Gericht von jedem Gesellschafter gültig vertreten werden, welcher von der Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, nicht ausgeschlossen ist.[1])

---

[1]) Hierfür massgebend ist der Gesellschaftsvertrag, und die Vertretung kann einem Gesellschafter allein oder mehreren übertragen sein. Im letzteren Falle ist wieder Einzel- und Kollektivhandeln denkbar.

Da nun Partei im Gesellschaftsprozess nicht die Gesellschaft ist, sondern die Gesellschafter, so bestellt das Gesetz jeden einzelnen firmierenden, d. i. vertretungsberechtigten Gesellschafter zum Vertreter aller Gesellschafter. Diese Vertretung ist aber bezüglich der nicht firmierenden Gesellschafter keine gesetzliche Vertretung prozessunfähiger Personen, sondern eine solche prozessfähiger Personen.[1]) Dieser Satz wird lebhaft bestritten, und es hängt von ihm für die weiteren Erörterungen so viel ab, dass er einer genauen Ausführung bedarf.

Die gegnerische Ansicht[2]) geht zwar auch davon aus, dass alle Gesellschafter Subjekte des Gesellschaftsvermögens und Partei im Gesellschaftsprozesse sind, die Mitwirkung der nicht vertretungsberechtigten Gesellschafter im Prozesse aber, so lehrt sie weiter, müsse ausgeschlossen sein, weil ihnen keine Verfügungsmacht über das Gesellschaftsvermögen zustehe, um das es sich im Prozess immer handele, sie seien in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter handlungsunfähig und infolgedessen auch prozessunfähig. Die firmierenden Gesellschafter, durch die sie vertreten würden, seien also gesetzliche Vertreter prozessunfähiger Personen.

---

[1]) cf. Wach, Zeitschrift Bd. 9 S. 443 ff. und Kleinau a. a. O. S. 24 ff.

[2]) cf. z. B. Endemann a. a. O. § 92, Behrend a. a. O. S. 526 ff., Struckmann & Koch a. a. O. § 474 u. a. Ferner R. G. 5, S. 69, 14 S. 20, 25 S. 389.

Dieser Ansicht, wenn sie auch die in Theorie und Praxis herrschende ist, ist jedoch nicht beizupflichten. Denn ganz davon abgesehen, dass sie an Inkonsequenz leidet, insofern als einerseits die einzelnen Gesellschafter als die am Gesellschaftsvermögen Berechtigten und Verpflichteten hingestellt werden, andererseits ihnen aber, wenn sie von der Vertretungsmacht ausgeschlossen sind, jede Einwirkung auf den Prozess versagt wird, ist es nicht richtig, dass die nicht vertretungsberechtigten Gesellschafter handlungsunfähig sind. Selbstverständlich kann von Handlungsunfähigkeit der Gesellschafter nur die Rede sein, soweit ihre Stellung als Gesellschafter in Frage kommt.

Der Ausschluss eines Gesellschafters von der Vertretungsbefugnis ist lediglich rechtsgeschäftliche Selbstbeschränkung, er ist ein Ausnahmefall, dessen Anordnung der Privatdisposition sämtlicher Gesellschafter — also auch des ausgeschlossenen — überlassen ist, der aber nie kraft Gesetzes eintritt. Niemand kann aber durch Rechtsgeschäft auf seine Handlungsfähigkeit einwirken, da derartige, vom Gesetz verliehene, Fähigkeiten durch Privatwillen weder eingeschränkt noch erweitert werden können. Der nicht firmierende Gesellschafter kann also nichts von seiner Handlungsfähigkeit einbüssen, er ist lediglich seinen Mitgesellschaftern gegenüber rechtsgeschäftlich verpflichtet, sich jeder Verfügung über das Gesellschaftsvermögen zu enthalten. Ist er aber handlungsfähig, so ist er gemäss § 52 C. P. O.

auch prozessfähig, und es ist somit der Nachweis erbracht, dass die Vertretung der nicht firmierenden Gesellschafter durch die firmierenden keine gesetzliche Vertretung prozessunfähiger, sondern eine Vertretung prozessfähiger Personen ist.

Das Zutreffende der von uns vertretenen Ansicht wird noch deutlicher, wenn wir uns einige Beispiele vor Augen halten Es kann doch wohl keinem Zweifel unterliegen, dass ein nicht firmierender Gesellschafter kraft Vollmacht im Parteiprozess die Gesellschaft vertreten kann. § 79 C. P. O. verlangt nun aber, dass der gewählte Bevollmächtigte eine prozessfähige Person ist. Wäre also der nicht firmierende Gesellschafter hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens nicht handlungsfähig und infolgedessen auch nicht prozessfähig, so könnte er auch nicht Bevollmächtigter im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft sein, in dem es sich ja gerade um das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft handelt. Dasselbe trifft zu, wenn ein nicht firmierender Gesellschafter als Beistand vor Gericht erscheint. Auch dies ist zweifellos zulässig, müsste aber gleichfalls ausgeschlossen sein, wenn der nicht firmierende Gesellschafter prozessunfähig wäre, denn auch für den Beistand ist nach § 90 C. P. O. erforderlich, dass er eine prozessfähige Person ist.

Ein weiteres Beispiel bietet der Fall, dass ein nicht firmierender Gesellschafter persönlich wegen einer Gesellschaftsschuld verklagt wird. Er kann alsdann alle Einreden geltend machen, die von der

Gesellschaft erhoben werden können (H. G. B. § 129 Abs. 1). Dringt er nun mit einer solchen Einrede durch, so werden sämtliche Gesellschafter von der Schuld befreit. Man wird also nicht behaupten können, dass der nicht firmierende Gesellschafter bezüglich des Gesellschaftsvermögens prozessunfähig ist, denn wäre er dies, so würde er nur persönliche Einreden vorbringen können, nicht dagegen die der Gesellschaft zustehenden. Ja, es ist sogar ein Fall denkbar, wo der nicht firmierende Gesellschafter die Gesellschaft unmittelbar verpflichten kann, dann nämlich, wenn der Ausschluss des Gesellschafters von der Vertretungsbefugnis nicht in das Handelsregister eingetragen ist, und der Dritte in Unkenntnis des Ausschlusses mit dem Gesellschafter kontrahierte. Die übrigen Gesellschafter können sich alsdann nicht darauf berufen, dass das Geschäft ungültig sei, weil der kontrahierende Gesellschafter keine Vertretungsmacht gehabt habe, sie müssen vielmehr das Geschäft für und gegen sich gelten lassen (H. G. B. § 124 Abs. 4 und § 15). Auch das spricht deutlich dafür, dass der nicht firmierende Gesellschafter an seiner Handlungsfähigkeit und infolgedessen auch an seiner Prozessfähigkeit nicht leidet, denn sonst müsste das Geschäft ungültig sein.

Sollte jedoch trotz obiger Ausführungen immer noch nicht genügend nachgewiesen sein, dass die nicht firmierenden Gesellschafter prozessfähig sind, so braucht man, um alle Zweifel zu beseitigen, sich nur vorzustellen, dass sämtliche Vertreter durch den

Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen wären, die Folge ist alsdann nicht Geschäftsunfähigkeit und Prozessunfähigkeit aller Gesellschafter, sondern es tritt Kollektivvertretung ein.[1])

III. Prozessführung der nicht firmierenden Gesellschafter.

Daraus, dass die nicht firmierenden Gesellschafter prozessfähig sind, folgt selbstverständlich noch nicht, dass sie nun auch zur Prozessführung berechtigt sind. Im Gegenteil, in der Regel sind sie nicht dazu berechtigt, denn sie sind nach den allgemeinen Grundsätzen über die Stellvertretung — abgesehen von dem besonderen Fall nach H. G. B. § 124 Abs. 4 und § 15 — nicht im Stande, über das Gesellschaftsvermögen zu verfügen und die Gesellschaft zu verpflichten, sie können daher auch keine Prozesshandlungen für die Gesellschaft vornehmen. Nur in einem ganz bestimmten Falle sind sie dazu berechtigt.

Nach unserer Auffassung sind die Gesellschafter notwendige Streitgenossen[2]), es müssen daher auch auf den Prozess der offenen Handelsgesellschaft die Vorschriften über notwendige Streitgenossenschaft Anwendung finden. Ueber sie bestimmt C. P. O. § 62, dass, wenn ein Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen versäumt ist, die säumi-

[1]) cf. zu dem Obigen Wach, Zeitschrift S. 440 ff.
[2]) cf. oben S. 22 ff.

gen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen werden. Nach dem Wortlaut des Gesetzes liegt also keine wirkliche Stellvertretung vor, eine solche wird vielmehr nur fingiert; mit Hülfe der Fiktion werden die Grundsätze der Stellvertretung auf das Verhältnis der säumigen zu den nichtsäumigen Gesellschaftern angewendet. Denn, fände eine wirkliche Vertretung statt, dann bedürfte es keines Befehles an den Richter, den Nichtsäumigen als vertreten anzusehen. Dass keine faktische Vertretung stattfindet, geht auch daraus hervor, dass diese einen darauf hingehenden Willen des Vertretenen voraussetzt, hier aber würde sie selbst gegen den Willen desselben geschehen können. Sodann ist bei wirklicher Vertretung auch ein Vertretungswille des Vertreters erforderlich, und auch dieser braucht hier nicht vorhanden zu sein.[1])

Aus der eben besprochenen Vorschrift des § 62 C. P. O. ergiebt sich, inwieweit die von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter im Prozesse für die Gesellschaft handeln können. Ist der Prozess einmal anhängig — dies zu bewirken, ist natürlich stets nur den firmierenden Gesellschaftern möglich — und sind die zur Vertretung berechtigten Mitglieder im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erschienen, wohl aber die von der Vertretung ausgeschlossenen, so gelten diese nach dem oben

[1]) cf. Wachenfeld a. a. O. S. 128, auch Gaupp-Stein, a. a. O. zu § 62 IV vor 1.

Gesagten als bevollmächtigt, für alle übrigen Gesellschafter zu handeln.

Eine besondere Frage ist es, wieweit diese Vollmacht reicht, ob sie sich auf sämtliche Prozesshandlungen erstreckt oder nur auf einige von ihnen. Bei Beantwortung dieser Frage müssen wir uns vor Augen halten, welches der Zweck der Bestimmung des § 62 C. P. O. ist. Dieser aber ist, dass dem ausgebliebenen Genossen seine Rechte gewahrt werden und er vor den Folgen seines Ausbleibens — dem Versäumnisurteil — geschützt werden soll. Behalten wir dies im Auge, so ergiebt sich, dass die fingierte Vollmacht der nichtsäumigen Genossen bei den prozessbetreibenden und den den Beweis betreffenden Handlungen, soweit die letzten nicht wie die Eidesleistung höchst persönlich sind, stets möglich ist, wie einer weiteren Ausführung nicht bedarf, dass sie dagegen ausgeschlossen ist bei den prozessbeendenden Handlungen Denn, würde man auch hier Vertretung annehmen, so würde der Genosse aus seiner prozessualen Lage vertrieben werden, die Fiktion würde ihm also Schaden bringen, während sie nach der Absicht des Gesetzes lediglich seinem Vorteil zu dienen bestimmt ist.

Ausser den Beweishandlungen mit Ausnahme der Eidesleistung sind daher als vertretbar anzusehen die Stellung von Anträgen und die Einlegung von Rechtsmitteln im Termine, weil sie prozessbetreibende Handlungen sind. Auch der Antrag auf Terminsverlegung ist unter die prozessbetreibenden

Handlungen zu zählen, weil infolge der durch ihn eintretenden Verschiebung des Prozesses sämtliche Rechte gewahrt werden. Als nicht vertretbar dagegen, weil zu den prozessbeendenden Handlungen gehörend, müssen gelten: Anerkenntnis, Geständnis, Vergleich, Klageänderung, Zurücknahme der Klage und des Rechtsmittels.[1])

Die Vertretungsbefugnis der nicht firmierenden Gesellschafter steht nicht etwa im Widerspruch damit, dass sie bezüglich des Gesellschaftsvermögens dispositionsunfähig sind, denn ebensogut wie sie alle diese Rechte ausüben dürfen, wenn ihnen Vollmacht dazu erteilt ist,[2]) so dürfen sie dies natürlich auch dann, wenn die in Wirklichkeit nicht vorhandene Vollmacht vom Gesetze fingiert wird.[3])

Die genannten Befugnisse haben die nichtvertretungsberechtigten Gesellschafter nur, wenn die anderen Gesellschafter säumig sind. Nach der herrschenden Ansicht[4]) ist nun eine Partei säumig im Sinne der Civilprozessordnung nicht nur dann, wenn sie ohne gesetzlichen Befreiungs- oder Entschuldigungsgrund in dem zur mündlichen Parteiver-

[1]) cf. hierzu die zutreffenden Ausführungen Wachenfelds a. a. O. S. 133 ff

[2]) cf. oben S. 30.

[3]) Zu dem entgegengesetzten Resultat muss man kommen, wenn man die nicht vertretungsberechtigten Gesellschafter für prozessunfähig hält.

[4]) cf. z. B. Gaupp-Stein § 62 IV 1, von Amelunxen a. a. O. S. 71.

handlung[1]) bestimmten Termin nicht erscheint, sondern auch dann, wenn sie zwar erscheint, aber nicht verhandelt[2]) (§ 333 C. P. O.) Nach der herrschenden Auffassung muss daher auch in dem letzten Falle die Vermutung der Vollmacht für die nichtvertretungsberechtigten Gesellschafter mit den gesetzlichen Folgen eingreifen. Die herrschende Ansicht identifiziert also den säumigen mit dem nichterschienenen Genossen, und da nach § 334 C. P. O. als nicht erschienen auch der nicht Handelnde gilt, so zieht sie die Konsequenz und sieht den nicht Handelnden auch als säumig an.

Hiergegen wendet sich jedoch mit vollem Recht Wachenfeld a. a. O. S 131, 132, und wir können nichts Besseres tun, als wenn wir ihm selbst das Wort lassen. Er sagt: „Säumig, lässig ist wohl der, welcher trotz der Ladung zum Termin von der Gerichtsstätte fern bleibt. Säumig ist auch der, welcher zwar kommt, aber ohne dafür gesorgt zu haben, dass er überhaupt prozessualisch zu handeln vermag,

---

[1]) Ein Versäumen liegt dagegen nicht vor, wenn die Partei in einem Termine nicht erscheint, der lediglich zur Beweisaufnahme bestimmt ist, denn in einem solchen ist das Erscheinen der Parteien überhaupt nicht erforderlich (C. P. O. § 357). In diesem Falle kann also die Vermutung der Vollmacht nicht eintreten.

[2]) Verhandelt sie zwar, erklärt sich jedoch über Tatsachen, Urkunden und Eideszuschiebungen nicht, so gilt sie nach § 334 C. P. O. gleichfalls nicht als säumig. Auch in diesem Falle kann mithin die Vermutung nicht Platz greifen.

also der, welcher im Anwaltsprozess ohne Anwalt auftritt. Dagegen erscheint jemand als nicht säumig, wenn er der Ladung folgt, und auch im Termine handeln könnte, aber nicht will. Ein solcher gilt zwar als nicht erschienen, und deshalb findet nach §§ 330, 333 C. P. O. die Regel über Erlass eines Versäumnisurteils auf ihn Anwendung, aber nicht die Ausnahme des § 62 C. P. O. Sollte diese auf ihn ausgedehnt werden können, dürfte das Gesetz nicht blos von Säumigen reden. Das aber ist gewiss nicht unabsichtlich getan. Es lag zu der Ausdehnung keine Veranlassung vor. Wer sich nach reiflicher Ueberlegung in die Verhandlung nicht einmischt, dem darf man nicht die Möglichkeit nehmen, das billigere Versäumnisurteil gegen sich zu erwirken, anstatt ein kostspieliges Verfahren fortzusetzen, das doch mit einer Verurteilung für ihn endet.“ Die Fiktion der Vollmacht greift also nur beim Nichterscheinen, nicht dagegen auch beim Nichtverhandeln eines Genossen Platz.

Dasselbe, was für die Versäumung eines Termins gilt, findet nach § 62 C. P. O. auch auf die Versäumung einer Frist Anwendung und zwar, da das Gesetz keine Einschränkung macht, bei sämtlichen Fristen, richterlichen oder gesetzlichen, namentlich auch bei Notfristen. Erhebt also z. B. ein nicht firmierender Gesellschafter Einspruch gegen ein Versäumnisurteil, legt er Berufung oder Revision ein, so wird dadurch für den Fall, dass die firmierenden Gesellschafter dies versäumen, die Frist gewahrt.

Die vermutete Vollmacht der nicht vertretungsberechtigten Gesellschafter muss natürlich fortfallen, sobald die zur Vertretung berufenen die Verhandlung aufnehmen. Diese Möglichkeit ist ihnen jederzeit gegeben, denn nach § 220 C. P. O. ist der Termin von einer Partei erst versäumt, wenn sie bis zum Schlusse desselben nicht verhandelt. Bis zum Schlusse der Verhandlung steht es also den firmierenden Gesellschaftern frei, die Verhandlung selbst in die Hand zu nehmen und dadurch das Auftreten der nicht vertretungsberechtigten Gesellschafter bedeutungslos zu machen, deren Verhandeln alsdann völlig unmassgeblich ist.

IV. Abgabe von Erklärungen seitens mehrerer vertretungsberechtigter[1]) Gesellschafter.

Das Regelmässige in der Praxis wird es sein, dass der Prozess der offenen Handelsgesellschaft durch einen Gesellschafter geführt wird. Es steht aber nichts im Wege, dass auch mehrere firmierende Gesellschafter prozessieren. In diesem Falle kann es sein, dass die Genossen den Prozess in völlig übereinstimmender Weise führen. Alsdann ergeben sich keine Schwierigkeiten. Ebensogut ist aber auch

---

[1]) Wir gehen im weiteren Verlaufe der Arbeit immer von dem Regelfall aus, dass eine Versäumnis der firmierenden Gesellschafter nicht vorliegt, sodass also die nicht firmierenden Gesellschafter zur Vertretung vor Gericht nicht berechtigt sind.

denkbar, dass die mehreren vertretungsberechtigten Gesellschafter widersprechende Erklärungen abgeben.

Es entsteht alsdann die Frage, welche Bedeutung haben diese von einander abweichenden Erklärungen für den Prozess.

Gehen die Behauptungen der prozessführenden Gesellschafter über tatsächliche Vorgänge auseinander, so ist die Lösung sehr einfach, denn es findet C. P. O. § 286 Anwendung, und der Richter hat nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, inwieweit er die vorgebrachten Tatsachen für nicht wahr ansehen will. Geben die prozessführenden Gesellschafter aber hinter einander widersprechende Willenserklärungen ab, so muss man, um zu ermitteln, welche Erklärung Gültigkeit hat, daran denken, dass jeder firmierende Gesellschafter für sich allein durch seine Erklärung nach den Grundsätzen der unmittelbaren Stellvertretung die Gesellschaft d. s. die Gesellschafter verpflichtet. Es kann also die zuerst abgegebene Erklärung des einen Gesellschafters durch die später abgegebene eines andern nur in den Fällen entkräftet werden, in denen auch ein einzelner nach den Vorschriften der Civilprozessordnung eine einmal vor Gericht abgegebene Willenserklärung wirksam widerrufen kann. Hat also z. B. ein Gesellschafter den Klageanspruch anerkannt, so kann dies Anerkenntnis von keinem andern widerrufen werden. Ist dagegen von einem ein Rechtsmittel eingelegt, so kann es von einem andern wirksam zurückgenommen werden. Ein von

einem Gesellschafter abgelegtes Geständnis kann von dem andern nur beim Vorliegen der Voraussetzung des § 290 C. P. O widerrufen werden u s. w. Endlich ist es noch denkbar, dass mehrere firmierende Gesellschafter gleichzeitig abweichende Erklärungen abgeben. Das ist so anzusehen, als wenn zugleich „Ja“ und „Nein“ gesagt ist, es ist also nicht ersichtlich, was die Partei gewollt hat.

Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, dass alle oder mehrere Gesellschafter nur in Gemeinschaft zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt sein sollen (Gesamtvertretung [1]) H. G. B. § 125 Abs. 2 S. 1), so liegt eine gültige Willenserklärung nur vor, wenn sie von allen Kollektivvertretern gemeinschaftlich abgegeben ist, nur dann kann sie, wie überhaupt, so auch im Prozess, Beachtung finden. Erklären sich dagegen einige nicht oder geben sie divergierende Erklärungen ab, so liegt eine rechtsgültige Willenserklärung überhaupt nicht vor.

§ 5.
Eidesleistung.

Die Frage, von welchen Gesellschaftern die der Gesellschaft auferlegten Eide zu schwören sind, ob von sämtlichen oder nur von den firmierenden, ist sehr bestritten.

---

[1]) Inbetreff der Zustellungen bei Gesamtvertretung kommt, wie hier beiläufig bemerkt sein mag, C. P. O. § 171 Abs. 3 zur Anwendung. Es genügt, wenn die Zustellung an einen der Kollektivvertreter erfolgt.

Keinerlei Zweifel könnten sich ergeben, wenn man in der offenen Handelsgesellschaft eine juristische Person und deshalb in den firmierenden Gesellschaftern deren Organe — die gesetzlichen Vertreter der prozessunfähigen Person „offene Handelsgesellschaft" — erblicken könnte. Alsdann ist selbstverständlich, dass die Eide nur von den firmierenden Gesellschaftern zu schwören sind, und dass die Vorschriften der Civilprozessordnung § 473 ff. Anwendung finden.[1])

Sind aber, richtiger Ansicht nach, die Gesellschafter Partei im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft, so hängt die Beantwortung der aufgeworfenen Frage zunächst von der Prozessfähigkeit der nicht firmierenden Gesellschaft ab, denn aus § 473 C. P. O. ergibt sich, dass die Prozessunfähigkeit auch die Eidesunfähigkeit zur Folge hat, und dass an Stelle der prozessunfähigen Personen deren gesetzliche Vertreter zu schwören haben. Die von uns bekämpfte herrschende Ansicht[2]) steht auf dem Standpunkt, dass die nicht firmierenden Gesellschafter prozessunfähig sind, und dass sie in den firmierenden Gesellschaftern ihre gesetzlichen Vertreter haben. Sie muss daher auf Grund von § 473 C. P. O. zu dem Ergebnis kommen, dass die Eide nur von den firmierenden Gesellschaftern zu leisten sind[3].)

---

[1]) cf. Gaupp-Stein § 473 II.

[2]) cf. oben S. 28.

[3]) cf. R. O. H. G. 21 S. 344, 21 S. 390, 23 S. 311 R. G. 14 S. 20, 17 S. 369, S. A. 53, Nr. 260 R. G. 32

Im Gegensatze hierzu kommen wir dazu, dass sämtliche Gesellschafter ohne Unterschied eidespflichtig sind, denn es ist zwar richtig, dass die firmierenden Gesellschafter die gesetzlichen Vertreter der nicht firmierenden sind, dies ist aber, wie oben von uns nachgewiesen ist, keine gesetzliche Vertretung prozessunfähiger, sondern eine gesetzliche Vertretung prozessfähiger Personen.

Die Civilprozessordnung versteht nun aber, wie sich aus § 51 C. P. O. ergibt,[1]) unter gesetzlicher Vertretung nur die gesetzliche Vertretung prozessunfähiger Personen, dass es auch eine gesetzliche Vertretung prozessfähiger Personen gibt, daran scheint sie garnicht gedacht zu haben. Und doch kann hierüber kein Zweifel herrschen. Gesetzliche Vertretung ist diejenige Vertretung, die ihre Legitimation nicht aus einer Willenserklärung des Vertretenen, sondern unmittelbar aus dem Gesetze her-

---

S. 398. Uebereinstimmend im Resultat Meurer a. a. O. S. 122, dem es aber »unverständlich« ist, wie das Reichsgericht von dem Standpunkt aus, dass die Gesellschafter Parteien im Gesellschaftsprozesse sind, dazu kommen kann, den Eid nur von den firmierenden Gesellschaftern zu fordern. cf. auch Puchelt-Förtsch a. a. O. Art. 117 Nr. 4, Seuffert § 472 Anm. 2, Struckmann & Koch § 474 No. 1 Abs. 2, Petersen C. P. O. §§ 445, 472, 474, Makower a. a. O. § 124 IId, Staub a. a. O. § 124 Anm. 9, Cosack a. a. O. S. 543, Petersen, Zeitschrift Bd. 18 S. 62.

[1]) C. P. O. § 51 spricht ausdrücklich von Vertretung nicht prozessfähiger Parteien durch andere Personen.

leitet. Dadurch aber, dass das Gesetz einer Person Vertretungsmacht erteilt, bestimmt es nichts über die Handlungsfähigkeit des Vertretenen, warum sollte es also nicht ebensogut eine gesetzliche Vertretung prozessfähiger wie prozessunfähiger Personen geben? Ja, gerade die firmierenden Gesellschafter in ihrem Verhältnisse zu den nicht firmierenden im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft sind ein Beispiel für die gesetzliche Vertretung prozessfähiger Personen[1]). Sind aber die Vorschriften der Civilprozessordnung nur auf die gesetzliche Vertretung prozessunfähiger Personen zugeschnitten, so können sie nicht auf die gesetzliche Vertretung prozessfähiger Personen Anwendung finden. Auch der § 473 C. P. O. handelt von gesetzlicher Vertretung prozessunfähiger Personen, seine Anwendung auf die Eidesleistung im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft ist mithin ausgeschlossen.

Wohl aber trifft C. P. O. § 472 zu. Es heisst hier: „Der Eid über eine Tatsache, welche für ein allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festzustellendes Rechtsverhältnis von Einfluss ist (wie dies eben bei den Gesellschaftern als notwendigen Streitgenossen der Fall ist), muss allen Streitgenossen zugeschoben oder zurückgeschoben werden.“ Eine Ausnahme findet nur statt, sofern rücksichtlich einzelner Streitgenossen die Zuschiebung oder Zurückschiebung unzulässig ist. Eine solche Ausnahme

---

[1]) cf. Wach, Handbuch S. 586 ff.

liegt aber bezüglich der nicht firmierenden Gesellschafter nicht von vornherein um deswillen vor, weil sie prozessunfähig sind. Verweigert einer der Gesellschafter den Eid, so tritt C. P. O. § 472 Abs. 2 in Kraft, das Gericht entscheidet nach freier Ueberzeugung, ob die Behauptung, deren Beweis durch Eideszuschiebung angetreten ist, für wahr zu erachten sei oder nicht, ohne Rücksicht darauf, ob ein vertretungsberechtigtes Mitglied den Eid verweigert hat oder ein nicht vertretungsberechtigtes.

Gegen die Zulassung der nicht firmierenden Gesellschafter zur Eidesleistung kann auch nicht geltend gemacht werden, dass ihnen die Dispositionsbefugnis über das Gesellschaftsvermögen entzogen sei, die Eidesleistung enthalte aber einen Dispositionsakt, sie könne daher nur von den firmierenden Gesellschaftern vorgenommen werden, da ihnen allein die Verfügung über das Gesellschaftsvermögen zustände. Dieser Einwand schlägt um deswillen nicht durch, weil es nicht richtig ist, dass die Eidesleistung ein Dispositionsakt ist.

Gierke, Genossenschaftstheorie S. 598 betont mit Recht, dass der Dispositionsakt in der Annahme und Zurückschiebung des Eides liegt, während die Eidesleistung selbst eine feierliche Bekundung der Wahrheit ist. Und in der Tat ist die Auffassung der Eidesleistung als Dispositionsakt mit unser gesamten Rechtsanschauung unvereinbar, denn der Eid soll dazu dienen, die Partei zu veranlassen, die Wahrheit zu sagen, sie soll daher nicht schwören,

wie es ihr beliebt, sondern wie es der Wahrheit entspricht. Das Gesetz stellt also die unter Eid abzugebende Erklärung nicht in die freie Verfügung des Schwurpflichtigen, sondern es will gerade durch den Gewissenszwang, den der Eid ausüben soll, die Willkür des Schwörenden ausschliessen.

Anders liegt es bei der Eidesweigerung. In ihr wird man allerdings im allgemeinen einen Verfügungsakt zu erblicken haben, da der Eid aus allen möglichen Gründen und nicht bloss, weil er der Wahrheit nicht entsprechen würde, verweigert werden kann. Aber auch das verschlägt für die Eidesweigerung der nicht firmierenden Gesellschafter nichts, denn im Fall des § 472 C. P. O. ist der Eidesweigerung ausdrücklich ihre dispositive Natur genommen, da § 472 den Richter anweist, nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, welche Ueberzeugungskraft er der Eidesweigerung der einzelnen Genossen zuschreiben will.

Für die nicht firmierenden Gesellschafter im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft ist also weder die Eidesleistung noch die Eidesweigerung ein Dispositionsakt, sodass von unserem Standpunkt aus nicht das Geringste im Wege steht, sämtliche Gesellschafter ohne Unterschied zum Eide zuzulassen.[1])

[1]) Zu demselben Resultat kommen: Wach, Handbuch S. 531 und Zeitschrift Bd. 9 S. 433, Planck a. a. O. S 211 Anm. 12, Gierke, Genossenschaftstheorie S. 600, Lehmann & Ring a. a. O. § 124, 5.

Dies Ergebnis ist aber auch praktisch das allein brauchbare, wie sofort klar wird, wenn man sich die Konsequenzen vorhält, die sich ergeben, wenn nur die firmierenden Gesellschafter die Eide zu leisten hätten. Es ergeben sich da unhaltbare Missstände. Wenn nur die firmierenden Gesellschafter zur Eidesleistung zuzulassen sind, so ist es der Gesellschaft ein Leichtes, sich diejenigen Gesellschafter auszuwählen, von denen sie wünscht, dass sie den Eid ablegen; ebenso kann sie diejenigen vom Schwur befreien, die über eigne Handlungen schwören können und solche schwurpflichtig machen, die nur einen Ueberzeugungseid leisten können. Zu alledem ist sie jederzeit, so wie es ihr passt und bequem ist, im stande, ohne dass der Gegner sich dagegen zu schützen vermöchte, denn es bedarf hierzu weiter nichts als einer Aenderung in der Vertretungsbefugnis, die natürlich ohne weiteres jederzeit von der Gesellschaft vorgenommen werden kann. In gleicher Weise kann die Gesellschaft sich jederzeit einem schon auferlegten Eide entziehen, denn nach C. P. O. § 471 können die Parteien, wenn der Schwurpflichtige aufhört, gesetzlicher Vertreter zu sein, in Ansehung der Beweisführung alle Rechte ausüben, welche ihnen vor der Zuschiebung des Eides zustanden. Erwägt man schliesslich noch, dass doch sicherlich oft Gesellschaftsangelegenheiten unter Beweis gestellt werden, bei denen die nicht firmierenden Gesellschafter voll und ganz beteiligt waren, so ist die Beeinträchtigung, die der Gegner

erleidet, wenn nur die firmierenden Gesellschafter zum Schwur gelangen, in der Tat sehr empfindlich.[1])

§ 6.

Fähigkeit der Gesellschafter, als Zeugen im Gesellschaftsprozesse vernommen zu werden.

Die Civilprozessordnung spricht sich nicht besonders darüber aus, wer in einem Rechtsstreit als Zeuge vernommen werden kann, aus den Vorschriften aber, die sie über den Zeugenbeweis giebt, lässt sich mit Bestimmtheit folgern, dass nur dritte physische Personen, die am Rechtsstreit im Zeitpunkt ihrer Vernehmung nicht als Partei oder als gesetzliche Vertreter einer solchen beteiligt sind, sonach nur solche, denen gegenüber der Eidesbeweis nicht statthaft wäre, Zeugen sein können. Hiernach ist von unserem Standpunkte aus ohne weiteres klar, dass im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft die einzelnen Gesellschafter nicht als Zeugen vernommen werden können, denn sie sind ja gerade die Partei im Gesellschaftsprozesse.[2])

Zu dem entgegengesetzten Resultat müssen natürlich alle diejenigen kommen, die nicht die Gesell-

[1]) cf. Wach, Zeitschrift Bd. 9 S. 433 ff.

[2]) cf. Wach, Handbuch S. 530, ferner R. G. 17 S. 366, 35 S. 388, zu demselben Resultat kommt Meurer a. a. O. S. 124 allerdings mit anderer Begründung.

schafter, sondern die Gesellschaft als Prozesspartei ansehen. Von diesem Standpunkt aus sind die Gesellschafter dritte, und es steht nichts im Wege, sie zum Zeugnis zuzulassen, d. h. selbstverständlich nur die nicht firmierenden, denn die firmierenden sind ja die gesetzlichen Vertreter des Prozesssubjekts „offene Handelsgesellschaft", und als solche unfähig, Zeugen zu sein. Die Gesellschafter sind zwar unmittelbar am Ausgang des Rechtsstreites beteiligt, aber nach C. P. O. § 399 Abs. 4 schliesst dieser Umstand ihre Vernehmung nicht aus, die unbeeidigt stattzufinden hat, nötigenfalls aber nachträglich beeidigt werden kann.[1])

§ 7.

Nebenintervention.

Was die Frage anlangt, ob die Gesellschafter im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft als Nebenintervenienten auftreten können, so ist das Reichsgericht Bd. 5 S. 71 der Ansicht, dass ihnen dies zu gestatten sei.[2]) Es begründet seine Ansicht ungefähr folgendermassen: Allerdings setze die Nebenintervention voraus, dass der Nebenintervenient ein von den Parteien verschiedener dritter sein müsse, und da die offene Handelsgesellschaft nicht als

---

[1]) cf. Gaupp-Stein, Vorbemerkung zu § 373 I. A, Seuffert a. a. O., Vorbemerkung zu § 373, 2.

[2]) Ebenso R. G. 17 S. 365, 34 S. 361, cf. auch Bunsen, Zeitschrift Bd. 26, S. 240.

juristische Person aufzufassen sei, so sei jeder Gesellschafter durch die Klage gegen die Gesellschaft effektiv mitbelangt, also mit Partei. Allein dies gelte doch nicht nach allen Richtungen hin. Soweit das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter und die persönliche Haftung mit demselben in Betracht kämen, sei der Gesellschafter weder durch die gegen die Gesellschaft gerichtete Klage belangt, noch durch den Vertreter der Gesellschaft vertreten, und doch präjudiziere ihm das gegen die Gesellschaft ergangene Urteil auch in dieser Richtung, indem es für ihn unangreifbar das Vorhandensein einer Gesellschaftsschuld feststelle, und er für diese auf Grund des Gesetzes mit seinem Privatvermögen hafte. Insofern erscheine er also formell als Dritter, und sei sein Interesse am Ausgang des Prozesses klar. Die Grundsätze über accessorische Intervention seien mithin anzuwenden.

Gegen die Deduktion des Reichsgerichts ist jedoch folgendes zu sagen: Während es bei der Auffassung der offenen Handelsgesellschaft als juristischer Person selbstverständlich ist, dass die Gesellschafter im Gesellschaftsprozesse als Nebenintervenienten zugelassen werden müssen,[1]) und während auch vom Standpunkte derer aus, die als Träger der Gesellschaftsrechte und -Pflichten die kollektive Einheit der Gesellschafter ansehen, ihrer Zulassung nichts im Wege steht, da die Gesellschafter nicht

[1]) cf. Gaupp-Stein a. a. O. § 66 bei Anm. 16.

als einzelne, sondern in ihrer Gesamtheit Partei sind,[1]) müssen diejenigen, die davon ausgehen, dass in den Prozessen der offenen Handelsgesellschaft die einzelnen Gesellschafter Partei sind, notwendiger Weise die Gesellschafter von der Nebenintervention ausschliessen; denn eine Voraussetzung für ihre Erhebung ist Anhängigkeit des Prozesses zwischen anderen Parteien (C. P. O. § 66).

Auch das Reichsgericht steht auf dem Standpunkt, dass die einzelnen Gesellschafter Prozessparteien seien und nicht die Gesellschaft, man kann ihm daher den Vorwurf der Inkonsequenz nicht ersparen, wenn es trotzdem die Gesellschafter als Nebenintervenienten zulässt. Denn einerseits sagt es, dass der Gesellschafter Partei sei, auf der andern Seite aber betrachtet es ihn wieder als dritten, da er bezüglich seines Privatvermögens nicht mitbelangt sei, trotzdem behauptet es aber weiter, dass das im Gesellschaftsprozess ergangene Urteil dem Gesellschafter für sein Privatvermögen präjudiziere und lässt ihn daher als Nebenintervenienten zu. Das ist doch aber offenbarer Widerspruch. Stellt sich das Reichsgericht einmal auf den Standpunkt, dass es

---

[1]) cf. Seuffert a. a. O. § 66 2, b. Dass die zweite Voraussetzung für die Zulässigkeit der Nebenintervention vorliegt — rechtliches Interesse der unterstützten Partei — ist selbstverständlich, da die Gesellschafter nach § 128 H. G. B. persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften.

die einzelnen Gesellschafter als Partei ansieht, so muss es auch die Konsequenzen hieraus ziehen.[1]) Und das um so mehr, als nicht die geringste Notwendigkeit für die Zulassung der Gesellschafter als Nebenintervenienten besteht, da ihr Interesse am Ausgang des Prozesses voll und ganz durch die sie vertretenden firmierenden Gesellschafter gewahrt wird, auch hinsichtlich ihres Privatvermögens. Denn, da jeder Gesellschafter für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich mit seinem Privatvermögen haftet (H. G. B. § 128), so wirkt jede Handlung eines firmierenden Gesellschafters, die auf eine Gesellschaftsschuld Bezug hat, sowohl innerhalb wie ausserhalb des Prozesses kraft Gesetzes auch auf das Privatvermögen der Gesellschafter.

Auf die dem Gesellschafter dem Gesellschaftsgläubiger gegenüber zustehenden Sonderrechte allerdings ist das Handeln des firmierenden Gesellschafters einflusslos, und bezüglich solcher Sonderrechte wird er auch nicht durch den firmierenden Gesellschafter vertreten, nach dieser Richtung hin kann ihm aber auch der Gesellschaftsprozess nicht präjudizieren, so-

[1]) Die Widersprüche, in denen das Reichsgericht sich bewegt, löst Meurer von seinem Standpunkt aus dadurch, dass er sagt, es liege eine Frage der prozessualen Funktionseinheit nach aussen, keine Frage der inneren Gesellschaftsverfassung vor, und da sei der Gesellschafter in Wahrheit ein dritter, der neben der Gesellschaft operieren könne. cf. Meurer a. a. O. S. 123, 124.

dass auch in diesem Falle das Bedürfnis einer Nebenintervention nicht vorliegt.[1])

§ 8.

Rechtshängigkeit.

Durch die Erhebung einer Klage wird die Rechtshängigkeit der Streitsache begründet (C. P. O. § 263). Die Rechtshängigkeit hat materielle, d. h. den geltend gemachten Anspruch selbst betreffende, und prozessuale, d. h. die Art der Geltendmachung des Anspruchs berührende Wirkung. Für unser Thema kommt nur diese in Betracht.

Die hauptsächlichste Wirkung der Rechtshängigkeit auf den Prozess ist die, dass der Gegner die Einrede der Rechtshängigkeit vorschützen kann, wenn der Kläger während des schwebenden Prozesses die Streitsache anderweit anhängig macht. (C. P. O. § 263 No. 1, Einrede der Rechtshängigkeit, exceptio litis pendentis.[2])

Welche Anwendung findet nun die exceptio litis pendentis auf den Prozess der offenen Handelsgesellschaft? Ohne Zweifel steht sie den Gesellschaftern zu, die, nachdem schon gegen die Gesellschaft Klage erhoben ist, noch persönlich verklagt werden, denn

[1]) Uebereinstimmend Wach, Handbuch S. 530, Cosack, Handelsrecht § 107 Note 60.

[2]) Die übrigen prozessualen Wirkungen der Rechtshängigkeit, wie z. B. perpetuatio fori, bedingte Zulässigkeit der Klageänderung interessieren hier nicht.

die Gesellschafter sind materiell Partei im Prozesse der Gesellschaft und daher durch eine Klage gegen die Gesellschaft bereits mitbelangt. Werden sie daher während des schwebenden Gesellschaftsprozesses wegen desselben Anspruchs noch einmal verklagt, so brauchen sie sich auf diese Klage nicht einzulassen, sondern können sie mit der Einrede der Rechtshängigkeit abwehren.[1])

Sieht man dagegen die Gesellschaft und nicht die Gesellschafter als Prozesspartei an, so muss man zu dem entgegengesetzten Resultat kommen, dass die Klageerhebung gegen die Gesellschaft dem später während des Schwebens des Prozesses persönlich belangten Gesellschafter die Einrede der Rechtshängigkeit nicht gewährt, denn es ist ja nicht er, sondern die Gesellschaft verklagt.[2])

Ist ein Gesellschafter verklagt, so kann daraus die Gesellschaft nicht die Einrede der Rechtshängig-

[1]) Uebereinstimmend Wach, Handbuch S. 524, R. G. 49 S. 340 ff. Anders liegt der Fall, wenn mit der Klage gegen die Gesellschaft von Anfang an die Klage gegen die Gesellschafter verbunden wird. Das ist zulässig. cf. unten § 12 II.

[2]) cf. Seuffert a. a. O. § 263, 1b, Staub a. a. O. § 129 No. 5, Makower a. a. O. § 129 No. III, Petersen, Civilprozessordnung § 263 No. 1, Hellwig, Anspruch S. 277. Wenn auch Habicht a. a. O. S. 348 ff. zu demselben Resultat kommt, trotzdem er, so wie wir, nicht die Gesellschaft, sondern die Gesellschafter als Prozesspartei ansieht, so beruht seine Auffassung auf einer Verkennung des Wesens der exceptio litis pendentis.

keit herleiten, wenn sie hernach auch noch verklagt wird, denn der Gesellschafter und die Gesellschaft sind nicht identisch. Ebensowenig ist die Einrede der Rechtshängigkeit für den einzelnen Gesellschafter dann gegeben, wenn schon ein anderer Gesellschafter verklagt ist, da jeder Gesellschafter allein für seine Person, unabhängig von den anderen Gesellschaftern, für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet.

§ 9.

Der Gerichtsstand der offenen Handelsgesellschaft.

Wir kommen jetzt dazu, die Frage nach dem Gerichtsstand der offenen Handelsgesellschaft zu beantworten.

I. Der allgemeine Gerichtsstand.

Ihren allgemeinen Gerichtstand hat die offene Handelsgesellschaft bei dem Gerichte, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat. Im alten Handelsgesetzbuch war dies in Art. 111 Abs. 2 ausdrücklich ausgesprochen; im neuen Handelsgesetzbuch jedoch ist diese Vorschrift fortgefallen und an ihre Stelle ist C. P. O. § 17 getreten, wo es heisst, dass der Gerichtsstand derjenigen Gesellschaften, die als solche verklagt werden können, durch den Sitz derselben bestimmt wird. Was unter Sitz zu verstehen ist, sagt das Gesetz selbst: Als Sitz gilt, wenn nicht ein anderes erhellt, der Ort, wo die Verwaltung geführt

wird. Hiermit ist nicht, wie Reincke in seinem Kommentar zur Civilprozessordnung S. 20 annimmt, nur der Ort gemeint, wo der Vorstand seine Geschäfte besorgt, auch nicht der Ort, wo z. B. die Fabriken der Gesellschaft sind, sondern der Ort, von dem aus die Leitung des ganzen Betriebes besorgt wird, der natürlich dort sein kann, wo der Vorstand seine Geschäfte abschliesst oder wo die Fabriken liegen, der aber nicht dort sein muss.

Die Frage nach dem Sitze der offenen Handelsgesellschaft wird übrigens meistens dadurch leicht gelöst, dass die Gesellschaft verpflichtet ist, ihren Sitz in das Handelsregister eintragen zu lassen (H. G. B. § 106 Ziffer 2). Sobald sie dies getan hat, kann über den allgemeinen Gerichtsstand kein Zweifel mehr bestehen. Zweifel ergeben sich nur für die noch nicht in das Handelsregister eingetragene offene Handelsgesellschaft. Man wende hiergegen nicht ein, dass die offene Handelsgesellschaft, so lange sie nicht in das Handelsregister eingetragen ist, als solche überhaupt noch nicht existiere und folglich auch unter ihrer Firma nicht klagen und verklagt werden könne, weil Handelsgesellschaft sowohl wie Firma erst mit der Eintragung zur Entstehung gelangten. Das wäre unrichtig, denn die Existenz der Gesellschaft sowohl wie der Firma nimmt ihren Anfang nicht erst mit der Eintragung in das Handelsregister, sondern damit, dass die Gesellschaft als solche tatsächlich Geschäfte abschliesst, und ebenso wird die Firma nicht erst durch den

Rechtsakt der Eintragung geschlossen, sondern schon dadurch, dass die Gesellschaft tatsächlich von der Firma Gebrauch macht. Die Eintragung in das Handelsregister hat also bezüglich des Zustandekommens der Gesellschaft und des Zustandekommens der Firma nicht rechtsbegründende Wirkung in der Weise, dass durch sie die Gesellschaft und die Firma überhaupt erst geschaffen werden, sondern sie hat nur rechtsbestärkende Wirkung, d. h. die einzutragende Tatsache ist schon vor der Eintragung vorhanden, ihre Rechtswirkung wird durch die Eintragung nur verschärft.

Da die offene Handelsgesellschaft ihren Sitz frei bestimmen kann, so hat sie dadurch zugleich dasselbe Recht bezüglich ihres allgemeinen Gerichtsstandes. Diese ihre Wahlfreiheit wird dadurch noch bedeutend erhöht, dass sie nach C. P. O. § 17 Abs. 3 neben dem Gerichtsstand des Verwaltungssitzes einen durch Statut oder in anderer rechtsgültiger Weise besonders geregelten allgemeinen Gerichtsstand begründen kann. Macht sie von dieser Befugnis Gebrauch, so wird nicht etwa der allgemeine Gerichtsstand nach Absatz 1 ausgeschlossen (cf. R. G. 32 S. 384), sondern es tritt alsdann ein zweiter allgemeiner Gerichtsstand neben den des Sitzes. Dies folgt klar aus der jetzigen Fassung von C. P. O. § 17 Abs. 3. Es heisst hier eben, dass „neben“ dem gesetzlichen Gerichtsstande, also in Konkurrenz mit ihm, nicht zu seiner Beseitigung, der besonders geregelte Gerichtsstand Geltung haben soll. Diese Fassung stellte die Justizkom-

mission des Reichstags gegenüber dem Entwurf zur Civilprozessordnung fest, der allerdings die Ausschliessung des gesetzlichen allgemeinen Gerichtsstandes durch den autonomen gestatten wollte. Der Absatz 3 des § 17 lautete im Entwurf nämlich: die Bestimmungen dieses Paragraphen kommen nicht zur Anwendung, wenn der Gerichtsstand durch Statut oder in anderer Weise geregelt ist[1])

II. Die besonderen Gerichtsstände.

Wir haben bisher nur von dem allgemeinen Gerichtsstand gesprochen, es ist aber kein Zweifel, dass auch die besonderen Gerichtsstände der Civilprozessordnung, soweit dies ihrer Natur nach möglich ist, auf die offene Handelsgesellschaft uneingeschränkte Anwendung finden.[2]) Denn, da C. P. O. § 17 einen allgemeinen und keinen ausschliesslichen Gerichtsstand statuiert, und wir nirgends eine Vorschrift finden, die die Anwendung der besonderen Gerichtsstände auf die offene Handelsgesellschaft verbietet, so ist kein Grund vorhanden, sie auszuschliessen.

Unter ihnen bedarf einer besonderen Erörterung zunächst das forum contractus sive solutionis (C. P. O. § 29). Nach § 29 C. P. O. ist für Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrages, auf Erfüllung oder Aufhebung eines solchen, sowie auf Entschädigung wegen Nichterfül-

---

[1]) cf. die Kommentare zu § 17 C. P. O.

[2]) cf. R O H. G. 12 S. 216.

lung oder nicht gehöriger Erfüllung das Gericht des Ortes zuständig, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist. Hier, im Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach C. P. O. § 29, können die Gläubiger der offenen Handelsgesellschaft die Gesellschafter aus einem mit der offenen Handelsgesellschaft geschlossenen Vertrage verklagen, denn nach unserer Auffassung ist die Gesellschaft kein Rechtssubjekt sondern gleich der Summe der Gesellschafter, sämtliche Gesellschafter werden also durch Rechtsgeschäfte, die die offene Handelsgesellschaft durch ihre vertretungsberechtigten Gesellschafter vornimmt unmittelbar getroffen Die Verbindlichkeiten der Gesellschaft sind genau mit demselben Inhalt und denselben Voraussetzungen auch Verbindlichkeiten der einzelnen Gesellschafter, sodass also der Erfüllungsort für die Gesellschaft immer auch zugleich der Erfüllungsort für die einzelnen Gesellschafter ist. Die Gesellschafter müssen sich demgemäss auch auf eine Klage am Erfüllungsort der in Frage stehenden Verbindlichkeit einlassen.[1])

Ferner ist von Wichtigkeit für die offene Handelsgesellschaft, falls sie eine Zweigniederlassung hat, der besondere Gerichtsstand der Niederlassung in C. P. O. § 21. Es können also alle Klagen, welche auf den Geschäftsbetrieb der Zweigniederlassung Bezug haben, bei dem Gerichte des Ortes erhoben werden, wo dieselbe sich befindet.

[1]) cf. R. G. 32 S. 44 und die Kommentare zu § 29 C. P. O.

Für Klagen, die von der offenen Handelsgesellschaft gegen die Gesellschafter erhoben werden, ist gegeben der besondere Gerichtsstand in C. P. O. § 22; der dort ist, wo die Gesellschaft den allgemeinen Gerichtsstand hat. Dasselbe Gericht ist aber auch zuständig, wenn ein geschäftsführender Gesellschafter von einem andern Gesellschafter wegen seiner Geschäftsführung belangt werden soll, denn es heisst im § 22, dass der allgemeine Gerichtsstand zuständig ist für Klagen, welche von den Mitgliedern einer Gesellschaft in dieser Eigenschaft gegen einander erhoben werden. Der geschäftsführende Gesellschafter ist aber seinen Mitgesellschaftern gegenüber auch nichts weiter als ein, wenn auch bevorzugter, Gesellschafter; er ist nicht etwa Organ der Gesellschaft, wie es z. B. das Mitglied des Vorstandes einer Aktiengesellschaft ist. Der Gerichtsstand des § 22 ist endlich auch gegeben für Klagen der Gesellschafter auf Auflösung der Gesellschaft oder Ausschliessung von Mitgliedern.[1])

Schliesslich muss noch des forum delicti commissi gedacht werden (C. P. O. § 32). In diesem Gerichtsstand können Klagen geltend gemacht werden gegen die Gesellschaft aus unerlaubten Handlungen, wie z. B. Patentverletzung, die sich die geschäftsführenden Gesellschafter haben zu schulden kommen lassen, denn die Gesellschaft, wenn sie auch keine juristische Person ist, haftet doch für die

[1]) cf. die Kommentare zu § 22 C. P. O.

Delikte ihrer Vertreter, da B. G. B. § 31 auch auf nicht rechtsfähige Personenmehrheiten ausgedehnt werden muss.[1])

§ 10.

Einfluss eines Mitgliederwechsels auf den Prozess der offenen Handelsgesellschaft.

Eine Veränderung unter den Mitgliedern der offenen Handelsgesellschaft kann auf zweifache Weise vor sich gehen, entweder es tritt ein Gesellschafter neu in die Gesellschaft ein, oder es scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus Ein solcher Mitgliederwechsel hat nicht notwendig die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft zur Folge, es kann vielmehr ihre Existenz unabhängig von einer Veränderung unter den Mitgliedern gemacht werden. Nur mit diesen Fällen haben wir es in diesem Abschnitt zu tun.

Dass der Eintritt eines Gesellschafters in eine bestehende offene Handelsgesellschaft keine neue Gesellschaft zustande bringt, folgt aus § 130 H. G. B. Der Paragraph 130 H. G. B. schreibt vor, dass die in eine bestehende offene Handelsgesellschaft neu eintretenden Gesellschafter in derselben Weise und in demselben Umfange wie die andern Gesellschafter für die vor ihrem Eintritt begründeten Verbindlich-

[1]) cf. Dernburg bürgerliches Recht I S. 173.

keiten der Gesellschaft haften.[1]) Es wird also so angesehen, als habe der neue Gesellschafter der Gesellschaft schon von Anfang an angehört. Er hat nach aussen die gleiche Stellung wie die ursprünglichen Gesellschafter. Die alte Gesellschaft besteht fort, nur mit dem Unterschied, dass die Zahl ihrer Mitglieder um eins vermehrt ist.

Ist der neue Gesellschafter vor der Klageerhebung gegen die offene Handelsgesellschaft eingetreten, so kann dies demnach auf den Prozess keinen Einfluss ausüben, auch wenn es sich um Rechte und Verbindlichkeiten handelt, die vor seinem Eintritt entstanden sind; wie die übrigen Gesellschafter ist er von der Firma gedeckt, wie sie wird er daher auch Partei.

Ebensowenig Einfluss hat es, wenn ein Gesellschafter während eines schwebenden Prozesses in die offene Handelsgesellschaft eintritt. Der neue Gesellschafter wird von seinem Eintritt an von der Firma mitumfasst, denn in die Firma sind nicht nur die bei Begründung der Gesellschaft vorhandenen Mitglieder inbegriffen, sondern die jeweiligen Mitglieder. Unter der Firma tritt nun formell die offene Handelsgesellschaft als solche als Partei auf, während materiell die unter der Firma verborgenen Gesellschafter Partei sind, das sind aber, wie gesagt, die jeweiligen Gesell-

[1]) Dass den neuen Gesellschaftern andererseits auch die Gesellschaftsrechte in gleicher Weise zustehen wie den alten Gesellschaftern, ist selbstverständlich.

schafter, also auch der während des Prozesses neu eingetretene. Es gilt folglich die unter der Firma zugestellte Klage, in der die Bezeichnung auch des neuen Gesellschafters unter dem gemeinschaftlichen Namen, der Firma, formell bereits enthalten war, auch als für und gegen diesen zugestellt und demnach die Klage nach § 253 C. P. O. als für und gegen ihn erhoben. Er wird mithin von seinem Eintritt in die Gesellschaft an ohne weiteres Partei, und gerade sowie durch seinen Eintritt in die offene Handelsgesellschaft dieser ein neues Mitglied zunächst, so tritt für den Prozess der Streitgenossenschaft ein neuer Streitgenosse hinzu, ohne dass es irgend welchen Einfluss auf den Prozess ausübt.

Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der offenen Handelsgesellschaft infolge Austritts oder Ausschlusses, ohne dass die Gesellschaft sich auflöst, ist zulässig in Gemässheit der §§ 138, 140 und 141 H. G. B.

Scheidet der Gesellschafter aus der offenen Handelsgesellschaft aus, bevor eine Klage gegen die Gesellschaft anhängig ist, so ist er in dem Prozess überhaupt nicht Partei geworden, denn er war z. Z. der Klagezustellung nicht mehr durch die Firma gedeckt, der Prozess ist also für oder gegen ihn nicht eingeleitet worden. Er ist auch an dem Ausgang des Prozesses unmittelbar garnicht interessiert, denn mit seinem Austritt aus der Gesellschaft hört er auf, am Gesellschaftsvermögen direkt beteiligt zu sein. Nur insofern ist er noch daran interessiert,

als er bei der späteren Auseinandersetzung von dem nach Berichtigung der Schulden verbleibenden Vermögen der Gesellschaft eine seinem Kapitalanteil entsprechende Summe verlangen kann. (H. G. B. § 155). Je nachdem aber die Gesellschaft den Prozess gewinnt oder verliert wird natürlich auch das Gesellschaftsvermögen vermehrt oder vermindert. Das Interesse, das der ausgeschiedene Gesellschafter also insofern am Ausgang des Prozesses immer noch hat, muss er dann als Nebenintervenient wahren. Gegen seine Zulassung als Nebenintervenient ist in diesem Falle natürlich nichts einzuwenden, denn er ist ja nicht mehr Partei, sondern dritter. Ebenso würde er jetzt als Zeuge vernommen werden können.

Ist dagegen der Gesellschafter erst nach der Klagezustellung, also während eines schwebenden Gesellschaftsprozesses, aus der Gesellschaft ausgeschieden, so ist er zunächst Partei geworden. Man muss für diesen Fall einen Unterschied machen, ob die Gesellschaft klagt, oder ob sie verklagt wird.

Hat die Gesellschaft unter ihrer Firma geklagt, und scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so scheidet er damit auch aus dem Prozesse aus. Er hat aufgehört, Gesellschafter zu sein und ist infolgedessen von der Firma nicht mehr umfasst, also auch nicht mehr Partei. Es liegt auch nunmehr gar keine Notwendigkeit für ihn vor, sich als Partei an dem Prozess der Gesellschaft zu beteiligen, denn ebenso wie er an dem Gesellschaftsvermögen überhaupt keinen Anteil mehr hat, so

auch nicht an dem erhobenen Anspruch. Ein Urteil, das die Gesellschaft in dem Prozess erzielt, sei es, dass sie mit ihrer Klage durchdringt, sei es, dass sie abgewiesen wird, hat für ihn keine unmittelbare Bedeutung mehr, da er zunächst[1]) nichts dadurch gewinnt oder verliert. Er scheidet aus dem Prozesse aus, natürlich steht auch hier nichts im Wege, dass er sich der Gesellschaft als Nebenintervenient anschliesst, oder dass er als Zeuge vernommen wird.[2]) Diese Aenderung in der Parteirolle hat aber auf den Gesellschaftsprozess ebensowenig Einfluss wie der Neueintritt eines Gesellschafters während eines schwebenden Gesellschaftsprozesses,[3]) der Prozess der fortbestehenden Gesellschaft nimmt vielmehr ungehindert seinen Fortgang.

Anders ist die prozessuale Lage des ausscheidenden Gesellschafters, wenn bei seinem Austritt bezw. Ausschluss ein Prozess gegen die offene Handelsgesellschaft schwebt wegen einer Verbindlichkeit derselben. Allerdings hört er auch in diesem Falle insofern auf, Prozesspartei zu sein, als die Firma ihn nicht mehr einbegreift, nichtsdestoweniger bleibt er aber nach wie vor in den Prozess verwickelt, da er für die in Frage stehende Verbindlichkeit der Gesellschaft nicht nur mit seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen, sondern auch mit seinem Privatvermögen

[1]) cf. oben S. 62, 63.
[2]) cf. R. G. 49 S. 426.
[3]) cf. oben S. 61 ff.

haftet. Der Prozess berührt ihn also immer noch unmittelbar, er bleibt Partei und durch die übrigen Gesellschafter vertreten und hat nicht nötig, Nebenintervenient zu werden, um die Folgen einer Verurteilung der Gesellschaft für seine Person abzuwehren.[1])

§ 11.

Einfluss der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft auf einen schwebenden Gesellschaftsprozess.

Ebensowenig wie ein Wechsel in den Gesellschaftsmitgliedern auf den Fortgang des Prozesses der offenen Handelsgesellschaft von Einfluss ist, so wenig ist es die Auflösung der Gesellschaft, einerlei, ob sie mit oder ohne Liquidation vor sich geht. Auch eine im Falle der Auflösung etwa stattfindende

[1]) cf. zu dem ganzen Paragraphen Wach, Handbuch S. 531. Steht man auf dem Standpunkt, dass die Gesellschaft Prozesspartei ist und nicht die Gesellschafter, so kann ein Wechsel der Gesellschafter beim Fortbestand der Gesellschaft auf den Fortgang des Prozesses noch viel weniger Einfluss haben, denn es ändert sich dadurch nichts in der Parteirolle. Nur insofern kann allenfalls ein Mitgliederwechsel von Bedeutung für den Prozess sein, als nach Analogie von § 241 C. P. O. eine Unterbrechung des Verfahrens eintreten kann, wenn ein vertretungsberechtigtes Mitglied wegfällt oder hinzukommt cf. z. B. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 594 Anm. 3, Hellwig, Anspruch § 39, Seuffert a. a O. § 239, 1, c.

Uebertragung der Aktiva und Passiva der Gesellschaft auf einen Gesellschafter oder auf einen dritten ist gemäss § 265 C. P. O. bedeutungslos.

I. Mit Liquidation.

Tritt während eines schwebenden Prozessverfahrens Liquidation der Gesellschaft ein, so ändert sich dadurch nichts an der Prozessstellung der offenen Handelsgesellschaft. Die Gesellschafter bleiben nach wie vor materiell Partei, und der einzige Unterschied ist, dass formell Partei nun die fortlebende (H. G. B. § 156, 149) offene Handelsgesellschaft in Liquidation ist, die natürlich jetzt noch weniger eine juristische Person ist als vorher. Was früher die vertretungsberechtigten Gesellschafter waren, das sind jetzt die Liquidatoren, während die nicht zu Liquidatoren ernannten Gesellschafter die Stelle der nicht vertretungsberechtigten Gesellschafter einnehmen. Nach wie vor können also sämtliche Gesellschafter vor Gericht erscheinen, haben sämtliche Gesellschafter die Eide zu schwören, ohne Unterschied, ob sie liquidierende Gesellschafter sind oder nicht, sie können auch jetzt nicht als Zeugen vernommen werden[1]) oder als Nebenintervenienten auftreten.[2])

Zu verwerfen ist die Ansicht des Reichsoberhandelsgerichts[3]), welches die Liquidatoren als solche für die Partei im Prozesse der Liquidationsfirma

[1]) R. G. 17, S. 370.

[2]) cf. Wach S. 531.

[3]) cf. R. O. G. Bd. 10 S. 356, 12 S. 215.

erklärt. Sie könnten dies nur dann sein, wenn sie die Rechtsnachfolger der Gesellschafter wären. Dass dies aber nicht der Fall ist, ergiebt sich schon aus dem Zweck ihrer Bestellung, denn nach H. G. B. §§ 149, 155 liegt ihnen nichts weiter ob, als die Geschäfte der Gesellschaft zu Ende zu führen und das Liquidationsverfahren unter den Gesellschaftern zu leiten.

Gewöhnlich, d. h. wenn die Liquidatoren aus der Mitte der Gesellschafter gewählt worden sind, werden allerdings die Liquidatoren Partei sein, sie sind dies dann aber nicht als solche, sondern in ihrer Eigenschaft als frühere Gesellschafter.[1]) Als Liquidatoren dagegen sind sie die gesetzlichen Vertreter der prozessfähigen nicht zu Liquidatoren ernannten Gesellschafter, gerade so wie die firmierenden Gesellschafter die gesetzlichen Vertreter der prozessfähigen nicht firmierenden Gesellschafter sind. Für den Fortgang des Prozesses ist es daher ohne Einfluss, dass zuerst die vertretungsberechtigten Gesellschafter und nach Eintritt der Liquidation die Liquidatoren den Prozess führen, denn die Prozesssubjekte sind in beiden Fällen ganz die gleichen, und auch ein Fall der Unterbrechung des Streitverfahrens im Sinne des § 241 C. P. O. ist nicht gegeben, da § 241 nur auf die gesetzliche Vertretung

---

[1]) Sind Liquidatoren und Gesellschafter verschiedene Personen, so können demnach jene niemals Partei im Gesellschaftsprozesse sein.

prozessunfähiger[1]) Personen Bezug hat. Der § 241 C. P. O. muss dagegen zur Anwendung kommen vom Standpunkt derer aus, die als Prozesspartei die offene Handelsgesellschaft ansehen, da alsdann bei Auflösung der Gesellschaft die Vertretungsbefugnis der bisherigen gesetzlichen Vertreter aufhört. Das Verfahren kann jedoch sofort von den Liquidatoren und gegen sie wieder aufgenommen werden.[2])

II. Ohne Liquidation.

Nicht anders wie im Falle einer Liquidation ist es, wenn die Gesellschaft sich auflöst, ohne dass eine Liquidation stattfindet, wie dies z. B. der Fall sein kann, wenn die Gesellschafter sich vor der Auflösung über die Verteilung des Gesellschaftsvermögens einigen. Der gemeinsame Firmenname fällt hier zwar mit der Auflösung der Gesellschaft fort, nachdem wir jedoch gesehen haben, dass die offene Handelsgesellschaft nur formell parteifähig ist und Prozesssubjekte die Gesellschafter sind, so ist, wenn auch die Fähigkeit, unter dem Kollektivnamen Rechtsgeschäfte abzuschliessen und unter der Firma prozessual zu handeln, nicht mehr besteht, durch die Auflösung der Gesellschaft und den damit verbundenen Wegfall der Firma weiter nichts verloren gegangen als die formelle, einheitliche Bezeichnung. Die Prozesssubjekte dagegen sind ganz die gleichen

[1]) cf. oben S. 42, 43.

[2]) Meurer a. a. O. S. 120, Staub a. a. O. § 124, Anm 11.

geblieben, nämlich die Gesellschafter, die sich so lange unter der Firma verborgen haben und jetzt mehr in den Vordergrund treten. Eine Unterbrechung des Verfahrens auf Grund des § 239 C. P. O. findet hier ebensowenig statt wie bei eintretender Liquidation.

Ganz anders, wenn man die Gesellschaft als Prozesssubjekt ansieht. Alsdann fällt mit der Auflösung der Gesellschaft die Partei fort, und es muss nach § 239 C. P. O. eine Unterbrechung des Verfahrens eintreten. Allerdings spricht der genannte Paragraph nur von dem Falle des Todes einer Partei, er ist aber analog anzuwenden auch auf die Fälle der Auflösung einer juristischen Person und der (formell) parteifähigen Gesellschaften.[1]) Während nun das Reichsgericht Bd. 34 S. 362 in dem Falle der Unterbrechung des Verfahrens die Klage gegen die Gesellschafter fortsetzen will, verlangt Staub a. a. O. § 124 Anm. 13 eine neue Klage gegen die Gesellschafter auf Grund der Solidarhaft, indem er sagt, der ersten Klage sei wegen Wegfalls der Partei

---

[1]) cf. Wach, Handbuch § 46 Anm. 30, Schmidt a. a. O. S. 822. A. M. Gaupp-Stein a. a O. zu § 239, weil entweder bei der Auflösung eine Liquidation, oder was dem gleichstehe, eintrete und dann das bisherige Rechtssubjekt fortbestehe und nur durch andere Organe gesetzlich vertreten werde, oder aber, wenn die Liquidation umgangen werde, eine Auflösung im Rechtsinne nicht vorliege, sondern nur eine Beendigung der produktiven Tätigkeit, welche die Gesellschaft etc. in Bezug auf ihre schwebenden Verpflichtungen als fortbestehend erscheinen lasse.

der Boden entzogen. Die Ansicht Staubs ist aber praktisch nicht wohl durchführbar, denn sie bringt den Gegner in die unangenehme Lage, da die ursprünglich angestellte Klage hinfällig sein soll, eine neue Klage gegen die einzelnen Gesellschafter anstrengen zu müssen, ohne dass er die vielleicht nicht unerheblichen Kosten des ersten Prozesses ersetzt verlangen kann, selbst nicht, wenn er in dem Prozess gegen die Gesellschafter Sieger bleiben sollte.

§ 12.

Wirkungen der Rechtskraft des im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft ergangenen Urteils für und gegen die Gesellschafter.

Man kann formelle und materielle Rechtskraft des Urteils unterscheiden Die formelle Rechtskraft bezeichnet die Tatsache, dass eine in einem Rechtsstreite ergangene Entscheidung der Anfechtung durch die ordentlichen Rechtsmittel entzogen ist. Für unser Thema ist diese Wirkung des rechtskräftigen Urteils ohne Bedeutung. Die uns allein interessierende materielle Rechtskraft dagegen bedeutet, dass das rechtskräftige Urteil das Rechtsverhältnis der Parteien, welches Gegenstand des Prozesses war, in unantastbarer Weise dauernd regelt.

Die Wirkung eines materiell rechtskräftigen Urteils ist eine negative und eine positive. Die negative Wirkung brachte das römische Recht durch den

Grundsatz zum Ausdruck: „Bis de eadem re ne sit actio“. Dieser Satz hat auch heute noch Geltung.[1]) Er bedeutet, dass keine Partei befugt ist, die rechtskräftig entschiedene Sache zum Gegenstande eines neuen Prozesses zwischen sich und dem Gegner zu machen. Das Zuerkannte kann also nicht mehr bestritten, das Aberkannte nicht mehr geltend gemacht werden. Ein derartiges Beginnen in einem neuen Prozess kann der Gegner mit der Einrede der rechtkräftig entschiedenen Sache abwehren (exceptio resp. replicatio rei judicatae). — Die positive Bedeutung, die das rechtskräftige Urteil für die Beteiligten hat, d. h. was diese auf Grund des Urteils zu erreichen vermögen, richtet sich nach dem Inhalt des Urteils. Uns interessiert hier nur der wichtigste Fall, wo das Erkenntnis auf Verurteilung des Beklagten zu einer Leistung lautet Es entsteht dadurch für den Kläger ein unantastbares Recht, Befriedigung seines Anspruchs zu verlangen und dieselbe, falls der Beklagte sie nicht gewährt, im Wege der Zwangsvollstreckung herbeizuführen.

Nachdem dies über die Bedeutung der Rechtskraft vorausgeschickt ist, legen wir uns die Frage vor, welche Wirkung hat das gegen die offene Handels-

---

[1]) Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält keine allgemeinen Vorschriften über die Wirkungen des rechtskräftigen Urteils. Die hierüber sprechenden §§ 191 und 192 des I. Entwurfes sind von der II. Kommission teils gestrichen, teils in die Civilprozessordnung (z. B. § 325) verwiesen worden.

gesellschaft ergangene Urteil hinsichtlich der Rechtskraft für und gegen die Gesellschafter, oder mit andern Worten, inwieweit wird der einzelne Gesellschafter von der Rechtskraft des im Gesellschaftsprozess ergangenen Urteils betroffen?

I. Negative Wirkung der Rechtskraft.

Vom Standpunkt derer aus, die als Prozesssubjekt die o. H. ansehen, ist die Frage, ob ein gegen die Gesellschaft ergangenes Urteil Rechtskraft[1]) bezüglich der Gesellschafter hat, wie einer näheren Ausführung nicht bedarf, rundweg zu verneinen, denn der Gesellschaftsprozess ist für die Gesellschafter res inter alios acta. Anders, wenn man wie wir die einzelnen Gesellschafter als die Parteien im Gesellschaftsprozesse ansieht. Für uns ist die Klage gegen die Gesellschaft eine solche gegen die einzelnen Gesellschafter.

Belangt daher auf Grund einer Verurteilung[2]) der Gesellschaft der Gesellschaftsgläubiger einen Gesellschafter auf Zahlung (H. G. B. § 129 Abs. 4),[3])

---

[1]) Wenn wir im folgenden schlechtweg von Rechtskraft sprechen, so sind damit immer nur die negativen Wirkungen der Rechtskraft gemeint.

[2]) Führt die offene Handelsgesellschaft als Klägerin einen Prozess, so können sich keine Bedenken hinsichtlich der Rechtskraft ergeben, sei es, dass sie den Prozess gewinnt, sei es, dass sie ihn verliert, da ein der Gesellschaft zustehendes Recht immer nur im Namen aller Gesellschafter geltend gemacht werden kann.

[3]) cf. unten unter II.

so kann dieser wohl Einwendungen vorbringen, welche persönliche Befreiungsgründe enthalten, z. B. Erlass und Zahlungsstundung, die ihm speziell gewährt sind, ebenso Kompensation mit einer ihm persönlich gegen den Gesellschaftsgläubiger zustehenden Privatforderung, er darf aber die Existenz der Gesellschaftsschuld nicht wieder bemängeln auf Grund von Einreden, welche die Gesellschaft in dem gegen sie geführten Prozesse geltend gemacht hat oder hätte geltend machen können, da hierüber bereits zwischen ihm und dem Kläger im Gesellschaftsprozesse verhandelt und rechtskräftig entschieden worden ist. Würde er es dennoch tun, so könnte ihm der Kläger die replicatio rei judicatae entgegensetzen (cf. R. G. 3 S. 57, 5 S. 71, 13 S. 96, 34 S. 365). Dasselbe, was vom Urteil gesagt ist, gilt auch von einem prozessualen Vergleich, den die Gesellschaft geschlossen hat (cf. R. G. 13 S. 96).

Eine Abweisung der Klage gegen die Gesellschaft kommt den einzelnen Gesellschaftern insofern zu gute, als sie dieselbe benutzen können, um dem Gesellschaftsgläubiger, der sie aus derselben Schuld verklagt, die exceptio rei judicatae entgegenzuhalten, denn der zwischen der Gesellschaft und dem Gläubiger geführte Streit ist ein Streit zwischen allen Gesellschaftern und dem Gläubiger. Hat sich in ihm herausgestellt, dass für alle Gesellschafter eine Verbindlichkeit nicht besteht, so kann sie auch für einen einzelnen von ihnen nicht bestehen und

er auf Grund von H. G. B. § 128 nicht mehr in Anspruch genommen werden.[1])

Anders dagegen liegt der Fall, wenn die Klage gegen die Gesellschaft abgewiesen wurde, weil nicht sie, sondern ein Gesellschafter persönlich Schuldner war. Hier kann der Gläubiger gegen diesen sehr wohl eine neue Klage anstrengen, ohne dass der Gesellschafter sie mit der exceptio rei judicatae abzuwehren vermöchte. Diese neue Klage entspringt aber dann nicht aus § 128 H. G. B., aus der Haftung für eine Gesellschaftsschuld, sondern es handelt sich um eine nur diesen Gesellschafter persönlich angehende Schuld, die mit jener garnichts gemein hat.

Endlich ist noch die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass der einzelne Gesellschafter wegen einer Gesellschaftsschuld auf Grund von § 128 H. G. B. verklagt wird. In diesem Falle kann ein gegen ihn ergangenes verurteilendes Erkenntnis gegen die übrigen Gesellschafter niemals wirken, denn der Prozess eines Gesellschafters ist nicht der Prozess der übrigen Gesellschafter. Nicht so, wenn die Klage gegen den einzelnen Gesellschafter abgewiesen wird Das Urteil wirkt auch hier nicht gegen die übrigen Gesellschafter, wenn der Gesellschafter, unbeschadet des Bestehens oder Nichtbestehens einer Gesellschaftsschuld wegen einer persönlichen Einrede z. B. Erlass gesiegt hat. Wird die Klage gegen ihn aber abgewiesen, weil sich herausstellt, dass eine

[1]) cf. R. G. 5 S. 70.

Gesellschaftsschuld überhaupt nicht besteht, so übt das Urteil auch auf die übrigen Gesellschafter seine Wirksamkeit aus, denn wenn eine Gesellschaftsschuld überhaupt nicht existiert, so kann der eine Gesellschafter so wenig wie der andere verurteilt werden.

Soweit nach dem zuvor Erörterten sich die Vorteile und Nachteile der Rechtskraftswirkungen eines im Gesellschaftsprozess ergangenen Urteils auf die Gesellschafter beziehen, erstrecken sie sich auf alle Gesellschafter, die während der Dauer des Prozesses der Gesellschaft angehört haben. Gegen sie alle entsteht durch den Prozess gegen die Gesellschaft Rechtshängigkeit und daher wirkt auch die Rechtskraft gegen alle diese und nur gegen sie. War daher ein Gesellschafter vor Beginn des Prozesses aus der Gesellschaft ausgeschieden,[1]) so macht das Urteil gegen ihn nicht Rechtskraft [2]) Scheidet dagegen ein Gesellschafter während der Dauer des Prozesses aus der Gesellschaft aus, ohne dass die Gesellschaft sich auflöst, so wird der Ausscheidende von den Folgen des einmal gegen ihn anhängigen Prozesses nicht befreit, er wird im Prozesse durch die übrigen Gesellschafter vertreten,[3]) und das Urteil bewirkt auch

---

[1]) cf. oben S. 62.

[2]) A. M. Behrendt a. a. O. § 10, der der Ansicht ist, dass das Urteil gegenüber allen denen Rechtskraft macht, die, falls die Forderung begründet ist, persönlich haften.

[3]) cf. oben S. 63.

Rechtskraft gegen ihn.[1]) Tritt endlich ein Gesellschafter während des Prozesses der Gesellschaft bei, so tritt er in alle bisherigen Verpflichtungen derselben ein (H. G. B. § 130), es wird so angesehen, als sei der jetzt bestehende Personenverein mit dem früheren identisch[2]) und deshalb macht das Urteil auch Rechtskraft gegen den Neueintretenden.[3])

II. Positive Wirkung der Rechtskraft.

Haben wir im Vorstehenden gesehen, inwieweit das gegen die offene Handelsgesellschaft erlassene Urteil Rechtskraft auf die Gesellschafter ausübt, so kommen wir jetzt zu der Frage, ob aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Schuldtitel eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen der einzelnen Gesellschafter stattfindet.[4])

Im älteren Recht wurde diese Frage, über welche das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch eine Bestimmung nicht enthielt, lebhaft bestritten. Die weitaus meisten Schriftsteller beantworteten sie dahin, dass aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten Schuldtitel eine Vollstreckung in das Privatvermögen

---

[1]) A. M. R. G. 3 S. 57, das dem Urteil Rechtskraft nur gegen die aktuellen Gesellschafter zuschreibt.

[2]) cf. oben S. 60.

[3]) Staub a. a. O. § 124 Anm. 18.

[4]) Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist, abweichend von § 736 C. P. O., ein gegen die Gesellschaft gerichteter Schuldtitel erforderlich und genügend (H. G. B. § 124 Abs. 2). cf. oben S. 10.

der Gesellschafter nicht stattfinde, sondern dass es hierzu einer besonderen Klage gegen die einzelnen Gesellschafter bedürfe. Diese Ansicht wurde nicht nur, wie es selbstverständlich ist, von denjenigen vertreten, die in der offenen Handelsgesellschaft eine juristische Person erblickten, sondern auch von einer grossen Anzahl derjenigen, die der offenen Handelsgesellschaft die Rechtspersönlichkeit absprachen. Das Nähere über diesen Streit ist heute ohne Bedeutung, da das neue Handelsgesetzbuch selbst die Entscheidung giebt, indem es in § 129 Abs. 4 bestimmt: „Aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Schuldtitel findet die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter nicht statt."

Ein gegen die Gesellschaft gerichteter Schuldtitel genügt, wie bereits oben auf Seite 76 in der Anmerkung 4 erwähnt ist, für die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen, dagegen ist er kraft positiver Gesetzesvorschrift nicht vollstreckbar in das Privatvermögen der Gesellschafter. Und das mit gutem Grunde. Allerdings bedeutet eine Verurteilung der Gesellschaft nichts anderes als eine Verurteilung der Gesellschafter, man kann auch daraus, dass der Gläubiger nur gegen die Gesellschaft klagt, nicht schliessen, dass er sich nur an das Gesellschaftsvermögen halten will, da er sich auf Grund eines rechtskräftig gewordenen Anspruchs nicht an bestimmte Vermögensobjekte des Schuldners zu halten braucht, allein eine besondere Klage gegen den einzelnen Gesellschafter zur Inangriffnahme seines

Privatvermögens ist erforderlich, damit er seine persönlichen Einreden vorbringen kann, die ihm etwa gegen den Gesellschaftsgläubiger zustehen[1]), und in formeller Beziehung steht einer Vollstreckung in das Privatvermögen der Gesellschafter aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten Schuldtitel der Umstand entgegen, dass nach C. P. O. § 750 die Zwangsvollstreckung nur stattfinden kann, wenn die Personen, für und gegen welche sie erfolgen soll in dem Urteil oder in der demselben beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich genannt sind.[2])

Da also, um zu einer Exekution in das Privatvermögen der Gesellschafter zu gelangen, selbständig gegen diese geklagt werden muss, so ist es praktisch und gebräuchlich, die gegen die offene Handelsgesellschaft gerichtete Klage gleichzeitig auch gegen die einzelnen Gesellschafter zu richten,[3]) z. B. Klage des Kaufmanns Fritz Müller in Neustrelitz gegen

---

[1]) cf. oben S. 73.

[2]) Dieselben Erwägungen genügen auch, um die mögliche Ansicht zu widerlegen, es stelle sich das Gesetz mit der Vorschrift des § 129 Abs. 4 auf den Standpunkt derjenigen, die die Gesellschaft selbst und nicht die einzelnen Gesellschafter als Träger der Gesellschaftsrechte und -Pflichten und somit auch als Partei ansehen. Aus diesem Grunde habe ich oben bei der Besprechung der Rechtsfähigkeit den § 129 Abs. 4 H. G. B. garnicht in Betracht gezogen.

[3]) cf. Staub a. a. O. § 124 Anmerkung 15, Lehmann & Ring a. a. O. § 128 No. 10.

a) die offene Gesellschaft Schulz & Co. in Rostock
b) deren Inhaber,
1. den Kaufmann Ernst Schulz,
2. den Kaufmann Paul Krüger,
beide in Rostock.

Ergeht auf eine so angestellte Klage ein verurteilendes Erkenntnis, so steht nichts im Wege, dass die Zwangsvollstreckung sowohl in das Gesellschaftsvermögen als auch in das Privatvermögen der mitverurteilten Gesellschafter stattfindet.

Würde dagegen lediglich auf Grund eines gegen die Gesellschaft vollstreckbaren Urteils in das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter exequiert, so stehen diesem die Rechtsmittel zur Verfügung, die dritte zur Abwendung der Zwangsvollstreckung in ihr Privatvermögen anwenden können. Lehmann[1]) vergleicht diesen Fall mit dem, dass in von der Pfändung ausgeschlossenen Sachen des Exequenden Vollstreckung genommen wird. Der Gesellschafter kann also Freigabe der Sachen bewirken nach C. P. O. § 766, er kann aber auch die Interventionsklage nach § 771 C. P. O. anstrengen.

Die neue Klage, die der Gesellschaftsgläubiger gegen den einzelnen Gesellschafter anstrengen muss, um in sein Privatvermögen vollstrecken lassen zu können, kann er natürlich einfach auf das rechtskräftige Urteil gegen die Gesellschaft gründen, sie hat ihren Klagegrund in dem die Gesellschaft ver-

[1]) cf. Lehmann & Ring a. a. O. § 129 No. 6.

urteilenden Erkenntnis. Zur Begründung der Klage bedarf es daher weiter nichts als des Nachweises, dass die offene Handelsgesellschaft rechtskräftig verurteilt ist, mithin also das Bestehen einer Gesellschaftsschuld festgestellt ist, und dass der betreffende Gesellschafter während der Dauer des Gesellschafts prozesses der Gesellschaft angehört hat.